

**Учредитель**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

**Редакционная коллегия**

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

Дж. Айджани (Туринский университет, Италия)

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

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

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

В.А. Виноградов (НИУ ВШЭ, РФ)

А.В. Габов (ИГП РАН, РФ)

Ю.В. Грачева (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.А. Гаджиев (НИУ ВШЭ, РФ)

С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)

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

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

Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, РФ)

В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Ларичев (НИУ ВШЭ, РФ)

Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, РФ)

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

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

Н.А. Поветкина (НИУ ВШЭ, РФ)

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

В.А. Сивильский (Конституционный Суд Российской Федерации)

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

Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.Г. Шинкареца (ИГП РАН, РФ)

Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

**Главный редактор**

И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ, РФ)

**Адрес редакции**

109028 Москва,  
Б. Трехсвятительский пер., 3,  
офис 113  
Тел.: +7 (495) 220-99-87  
<http://law-journal.hse.ru>  
e-mail: [lawjournal@hse.ru](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, 2022

# Право

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

### 4/2022



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

**Правовая мысль: история и современность****Л.Р. Сюкияйнен**

Ислам и конституции арабских стран ..... 4

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии****В.О. Калятин**

Определение субъекта прав на результаты интеллектуальной деятельности, созданные с использованием искусственного интеллекта ..... 24

**Ш.М. Шурпаев**

Специальный субъект в составах злоупотреблений и подкупа в сфере государственных и муниципальных закупок ..... 51

**М.А. Глевич, С.В. Сятчихин**

Обязанность арбитражного управляющего по хранению документов должника: проблемы теории и практики ..... 71

**Е.А. Усачева**

Правовые последствия фактического прекращения брачных отношений для имущественных отношений супругов ..... 91

**И.Ф. Амелчаков, О.В. Катаева**

Влияние современных тенденций международной миграции на формирование нормативной правовой базы регулирования миграции в Российской Федерации ..... 112

**Дискуссионный клуб****В.В. Кожевников**

О понятии процессуального права ..... 136

**Право в современном мире****А.Х. Абашидзе, В.С. Маличенко**

Проблемы обеспечения международно-правовых гарантий в сфере охраны здоровья человека в условиях пандемии COVID-19 ..... 155

**Е.В. Постникова**

Обеспечение благоприятных условий для развития единого рынка телекоммуникаций и сферы аудиовизуальных медиа-услуг в Европейском союзе ..... 184

**М.В. Ратушный**

Договор международного займа с участием публичных субъектов: юрисдикционные иммунитеты и особенности коллизионного регулирования ..... 210

**Рецензии** ..... 236

**Publisher**

National Research  
University Higher School  
of Economics

**Editorial Board**

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

G. Ajani (University of Turino,  
Italy)

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

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

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

S. Deakin (University of  
Cambridge, UK)

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

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

T. Endicott (University  
of Oxford, UK)

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

G.A. Gadjeev (HSE, RF)

Yu.V. Gracheva (HSE, RF)

A.A. Ivanov (HSE, RF)

V.B. Isakov (HSE, RF)

A.A. Larichev (HSE, RF)

T.G. Morshchakova (HSE, RF)

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

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

N.A. Povetkina (HSE, RF)

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

G.G. Schinkaretskaya (IGP  
RAN, RF)

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

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

Y.A. Tikhomirov (HSE, RF)

V.A. Vinogradov (HSE, RF)

N.Y. Yerpyleva (HSE, RF)

**Editor-in-Chief**

I.Yu. Bogdanovskaya  
(HSE, RF)

**Address:**

3 Bolshoy Triohsviatitelsky Per.,  
Moscow 109028, Russia

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

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

e-mail: [lawjournal@hse.ru](mailto:lawjournal@hse.ru)

# Law

## JOURNAL

## OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

# 4/2022

**ISSUED QUARTERLY****Legal Thought: History and Modernity****L.R. Syukiaynen**

Islam and Constitutions of Arab Countries . . . . . 4

**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries****V.O. Kalyatin**Establishing of Subject of Rights to Intellectual Property Created with Use  
of Artificial Intelligence . . . . . 24**S.M. Shurpaev**Issues of Legislator Approach to Features of a Special Subject in Corpus  
Delicti of Abuse and Bribery in the Public Procurement . . . . . 51**M.A. Glevich, S.V. Syatchikhin**Duty of Bankruptcy Commissioner to Keep Debtor's Documents:  
Issues of Theory and Practice . . . . . 71**E.A. Usacheva**Legal Consequences of Marital Relationship Actual Termination  
for the Property Relationships of Spouses . . . . . 91**I.Ph. Amelchakov, O.V. Kataeva**Impact of Current International Migration on the Legal and Regulatory  
Framework for Migration Management in the Russian Federation . . . . . 112**Discussion Club****V.V. Kozhevnikov**

On Concept of Procedural Law . . . . . 136

**Law in the Modern World****A.Kh. Abashidze, V.S. Malichenko**Executing International Legal Guarantees of Human Health Protection  
in Context of COVID-19 Pandemic . . . . . 155**E.V. Postnikova**Ensuring Favorable Conditions for Development of Single Market  
in Telecommunications and of the Audiovisual Media Services Sphere  
in the European Union . . . . . 184**M.V. Ratushnyy**International Loan Agreement with Public Subjects Participation:  
Jurisdictional Immunities and Peculiarities of Conflict-of-Laws Regulation . . . . . 210**Book Review** . . . . . 236

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

**The objectives of the journal include:**

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

**The following key issues are addressed:**

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

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

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

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

*Научная статья*

УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.4.23

# Ислам и конституции арабских стран



**Леонид Рудольфович Сюкияйнен**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, ул. Мясницкая, 20, leosyk@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0001-6153-6923>



## Аннотация

Исламские нормы, принципы и институты оказывают заметное влияние на конституции всех арабских стран, за исключением Ливана. Ислам отражается на конституционном закреплении характера государства, основ власти и общества. Конституции ряда государств прямо провозглашают государство исламским и подчеркивают исламскую принадлежность государства, народа или нации. Конституции почти всех арабских стран закрепляют статус ислама как государственной религии и статус шариата как источника законодательства. Исламские начала пронизывают конституционное регулирование прав и свобод человека — например, свобода вероисповедания в ряде стран ограничена исламскими нормами. Данные предписания включаются в понятие публичного порядка, нормативно закрепленного в некоторых арабских странах. Ислам и шариат прямо воздействуют на конституционные нормы относительно правового статуса женщин, семьи, образования, свободы слова и мнения, деятельности СМИ и научного творчества, а также свободы ассоциаций. Среди обязанностей человека конституции ряда стран называют защиту религии. Отдельные конституции предусматривают, что все права человека должны толковаться в рамках шариата. Регулирование организации и деятельности государственных органов также подвержено влиянию исламских начал. Принципы совещательности, справедливости и равенства считаются основами исламской власти. Исламские нормы отражаются в статусе главы государства, который в указанных странах должен быть мусульманином. В ряде стран высший законодательный орган в соответствии с исламской традицией носит название консультативного совета. Иногда строгое следование исламским ритуалам включается в число требований, которым должен отвечать кандидат в депутаты парламента. Конституции отдельных стран предусматривают создание специальных государственных или иных структур, прямо связанных с исламом и шариатом; таковы, например, Аль-Азхар в Египте,

Высший исламский совет в Алжире, Высший совет фетв и жалоб в Мавритании. Конституционный статус ислама и шариата в Саудовской Аравии обладает существенной спецификой — Коран и Сунна Пророка объявлены конституцией страны. Эти два источника рассматриваются стоящими выше всего законодательства Королевства.



### Ключевые слова

ислам, конституция, шариат, исламское государство, государственная религия, источник законодательства, права и свободы человека, основной низам о власти.

**Для цитирования:** Сюкияйнен Л.Р. Ислам и конституции арабских стран // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4. С. 4–23. DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.4.23.

## Legal Thought: History and Modernity

*Research article*

### Islam and Constitutions of Arab Countries



**Leonid R. Syukiaynen**

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia, leosuk@mail.ru,



### Abstract

Islamic norms, principles and institutions are influencing very visibly upon constitutions of all Arabic countries excluding Lebanon. The article deals with main forms and directions of such influence. In particular Islam has an effect on defining the character of the state, pillars of power, society and legal system. Constitutions of some Arabic states name them as Islamic. At the same time, they underline the Islamic adherence of the given state, people or nation. Constitutions of almost all Arab countries provide for the status of Islam as state religion. Constitutions of majority of Arab countries define the role of Sharia as principal source of legislation. At the same time, Islamic norms are involved into the constitutional regulation of human rights and freedoms. It covers for example freedom of conscience is limited in some countries by Islamic rules. Such provisions are included in the notion of public order is normally fixed in some Arab countries. Islam and Sharia directly affect constitutional norms about legal status of women, family, education, freedom of speech and views, mass media activity and scientific creation as well as freedom of associations. Among human obligations constitutions of some Arab states mention defence of religion. Some constitutions provide that all human rights must be interpreted within Sharia limits. Regulation of organisation of state organs and their functioning is also influenced by Islamic fundamentals. Among them there are consultation, equality and justice are considered to be pillars of Islamic power. Islamic norms effect upon the status of a head of the state who is to be a Muslim in these countries. In a few countries the supreme legislative body is called «consultative council».

Sometimes a strict observation of Islamic cult rules is included in conditions of candidate for seat of parliament member is to meet. Constitutions of some countries provide for establishment of special state and other institutions linked directly with Islam and Sharia. Among those units there are Al-Azhar complex in Egypt, Supreme Islamic council in Algeria or Supreme council for appeals and fetwas in Mauritania. The constitutional status of Islam and Sharia in Saudi Arabia has some specific features. In this country Quran and Sunna of the Prophet Muhammad are declared to be the constitution of the Kingdom. These two sources are considered to occupy the place beyond all legal normative acts of the country.

## **Keywords**

Islam, constitution, Sharia, Islamic state, state religion, source of legislation, human rights and duties, basic Nizam of Power.

**For citation:** Syukiaynen L.R. (2022) Islam and Constitutions of Arab Countries. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 4–23 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.4.23.

## **Введение**

Исламские нормы на протяжении веков играли ведущую роль в политико-правовом развитии арабских стран. В настоящее время они продолжают оказывать серьезное влияние на их правовые системы, что наглядно проявляется в конституциях. Исключением является Ливан, где действует профессиональный принцип распределения ключевых государственных должностей между христианами и мусульманами. Такой баланс, закрепленный Национальным пактом (1943), объясняет, почему ливанская Конституция свободна от влияния ислама.

Конституции или документы конституционного характера остальных арабских стран предусматривают многие связанные с исламом и шариатом положения. В последнее время влияние ислама на них становится все более заметным [Hosen N., 2004: 1]; [Brown N., Revkin M., 2018: 779–780]. Формы и направления такого влияния характеризуются различиями, которые зависят от традиций и политической идеологии, присущих отдельным рассматриваемым странам. Предпринимаются попытки их индексации по степени отражения в конституциях исламских начал [Ahmed D., Gouda M., 2015: 1–74].

Однако предложение называть все конституции, испытывающие воздействие ислама и шариата, «исламскими конституциями» [Lombardi C., 2013b: 616] не выглядит обоснованным. Между масштабами восприятия исламских принципов конституцией страны и степенью исламизации ее политико-правовой жизни нет прямой зависимости [Сапронова М.А., 2011: 58]. В частности, более отчетливая приверженность конституции исламским предписаниям не обязательно ведет к ограничению влияния на нее демократических начал. Наоборот, ряд арабских конституций, включающих ши-

рокий круг прав человека, одновременно отличается последовательным укреплением приоритета исламских норм [Ahmed D., Ginsburg T., 2014: 616].

Но в целом ислам оказывает более сильное влияние на конституции арабских стран, характеризующихся преобладанием консервативных традиций. В этом отношении конституционный статус ислама и шариата в Саудовской Аравии обладает спецификой в сравнении с ситуацией в остальных частях арабского мира.

## **1. Ислам и конституционное закрепление характера государства и основ власти**

Влияние ислама заметно уже в преамбулах конституций. Практически все они открываются традиционной исламской формулой «именем Аллаха Милостивого и Милосердного» и в различной форме упоминают ислам. Например, в преамбуле Конституции Алжира 1996 г. в ред. 2020 г.<sup>1</sup> страна названа «землей ислама». Преамбула Конституции Бахрейна (2002)<sup>2</sup> характеризует ислам как основу благоденствия в этом и потустороннем мирах, а также подчеркивает, что в Коране не упущено ничего. В вступительном разделе Конституции ОАЭ (1996)<sup>3</sup> указывается, что она провозглашена перед Верховным Всесильным создателем (Аллахом). Преамбула Конституции Туниса (2022)<sup>4</sup> подчеркивает приверженность народа гуманным аспектам исламской религии. В преамбуле Конституции Египта (2014)<sup>5</sup> указывается, что на египетской земле «наши сердца и наше сознание открылись свету ислама». Преамбула Конституции Ирака (2005)<sup>6</sup> воспроизводит положение Корана «Мы даровали почет сынам Адама» (17:70).

Важным проявлением влияния ислама на конституции выступает закрепление официального названия или характера государства. Так, в соответствии с Конституцией Мавритании (1991)<sup>7</sup> страна именуется «Исламской Республикой». Ряд рассматриваемых конституций в начальных статьях пря-

<sup>1</sup> Available at: <https://tachri3.com/wp-content/uploads/2021/01/> (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>2</sup> Available at: <https://www.legalaffairs.gov.bh/102.aspx?cms=iQRpheuphYtJ6pyXUGiNqq6h9qKLgVAb> (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>3</sup> Available at: <https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.aspx> (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>4</sup> Available at: [http://www.iort.gov.tn/WD120AWP/WD120Awp.exe/CTX\\_2544-13-zopMiYozIU/LIENSUTILES/SYNC\\_-1369469030](http://www.iort.gov.tn/WD120AWP/WD120Awp.exe/CTX_2544-13-zopMiYozIU/LIENSUTILES/SYNC_-1369469030) (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>5</sup> Available at: <https://www.sis.gov.eg/UP/Dustor> (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>6</sup> Available at: <https://arb.parliament.iq/archive/> (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>7</sup> Available at: <https://alakhbar.info/?q=node/15680> (дата обращения: 24.08.2022)

мо закрепляет статус государства как исламского (Бахрейн, Йемен, Оман, Мавритания, Марокко).

Такое определение дополняется указанием на исламскую принадлежность страны, народа или нации. Например, Конституция 2012 г.<sup>8</sup> провозглашает Сомали мусульманской страной (ст. 3), преамбула Конституции Алжира говорит об исламской идентичности народа. В акте о введении в действие Конституции Катара (2004)<sup>9</sup> глава государства подчеркнул «важность нашей арабской исламской принадлежности». Преамбула Конституции Бахрейна специально отмечает, что народ страны придерживается догматики ислама и шариата. Преамбула Конституции Мавритании определяет народ страны как мусульманский, говорит о приверженности его исламу и подчеркивает, что народ полагается на Всевышнего и Всемогущего Аллаха. Преамбула Конституции Марокко (2011)<sup>10</sup> декларирует исламскую идентичность народа и характеризует страну как исламское государство, состоящее из арабских и исламских элементов, принадлежащее к исламской нации. Отмечается, что центральное место в марокканской идентичности занимает исламская религия. Преамбула Конституции Коморских Островов (2018)<sup>11</sup> закрепляет, что национальная идентичность основывается на исламской религии суннитского направления.

В некоторых конституциях принцип исламской идентичности реализуется через указание на принадлежность государства, страны или народа к исламскому миру и к исламской нации. В частности, согласно конституциям Египта (ст. 1) и Ирака (ст. 3) соответствующие государства относятся к исламскому миру, а Конституция Йемена (1991)<sup>12</sup> закрепляет, что йеменский народ входит в исламскую нацию (ст. 1). Конституция Бахрейна гласит, что государство стремится к укреплению отношений между мусульманскими странами (ст. 6), а согласно Конституции ОАЭ, внешняя политика государства нацелена на отстаивание арабских и исламских интересов (ст. 12).

В основе данных положений лежит закрепление конституциями почти всех арабских стран статуса ислама как государственной религии. При этом Конституции Ирака (ст. 2) и ОАЭ (ст. 7), а также Основной закон Палестины

---

<sup>8</sup> Available at: <http://hrlibrary.umn.edu/research/Somalia-Constitution/2012.pdf> (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>9</sup> Available at: <https://www.gco.gov.qa/wp-content/uploads/2016/09/Arabic-Constitution-1.pdf> (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>10</sup> Available at: [https://www.maroc.ma/ar/system/files/documents\\_page/BO\\_5964Bis\\_Ar.pdf](https://www.maroc.ma/ar/system/files/documents_page/BO_5964Bis_Ar.pdf) (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>11</sup> Available at: [https://constituteproject.org/constitution/Comoros\\_2018.pdf?lang=en](https://constituteproject.org/constitution/Comoros_2018.pdf?lang=en) (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>12</sup> Available at: <https://yemen-nic.info/yemen/dostor.php> (дата обращения: 24.08.2022)

(ст. 4) называют ислам официальной религией<sup>13</sup>. Особенностью Конституции Мавритании является признание ислама религией народа и государства (ст. 5). Во многих рассматриваемых странах конституционный статус ислама как государственной религии не может быть пересмотрен. Такую норму содержат, в частности, конституции Алжира (ст. 223), Бахрейна (ст. 120), Марокко (ст. 175).

Сирия и Тунис отличаются от иных арабских стран тем, что здесь на конституционном уровне государственный характер ислама не закрепляется в прямой форме. Вместо этого нынешняя Конституция Сирии (2012)<sup>14</sup> вслед за ранее действовавшими конституциями 1953 г. и 1973 г. объявляет ислам религией Президента Республики (ст. 3), что сирийские исследователи рассматривали в качестве альтернативы закреплению государственного характера ислама [Джаббур Ж., 1976: 97–98]. Аналогичное предписание содержит Конституция Туниса (ст. 88).

Конституции многих арабских стран закрепляют роль шариата как источника законодательства. В соответствии с судебной практикой такую формулировку принято трактовать как характеристику шариата в качестве одного из основных материальных (исторических) источников законодательства, наряду с которым допустимо обращаться и к иным [Lombardi С., 2013а: 733–774]; [Johansen В., 2004: 881–896].

## **2. Влияние ислама на конституционное регулирование прав и основных свобод**

Приоритетное значение исламских ценностей наглядно прослеживается в положениях конституций арабских стран, регулирующих права, свободы и обязанности граждан. Закономерно, что особое внимание уделяется тем из них, которые непосредственно связаны с религией, в частности, со свободой вероисповедания. Например, в конституциях Кувейта (ст. 35), ОАЭ (ст. 32), Туниса (ст. ст. 27, 28), Основном низаме Омана (2021)<sup>15</sup> (ст. 34), Основном законе Палестины (ст. 18), Конституционном документе на переходный период Судана (2019)<sup>16</sup> (ст. 56) говорится о гарантиях указанной свободы и праве беспрепятственного совершения религиозных обрядов, если это не наруша-

<sup>13</sup> Available at: [http://www.plc.ps/upload/law/law\\_plc/24906b3a3998edcfd146ea820a4b863a.pdf](http://www.plc.ps/upload/law/law_plc/24906b3a3998edcfd146ea820a4b863a.pdf) (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>14</sup> Available at: <http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=5518&cat=423&> (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>15</sup> Available at: <https://mjla.gov.om/legislation/laws/details.aspx?id=1> (дата обращения: 24.08.2022)

<sup>16</sup> Available at: URL: <https://moj.gov.sd/files/index/28> (дата обращения: 24.08.2022)

ет публичный порядок, общественную нравственность и принятые в стране обычаи. При этом в ряде стран (например, в ОАЭ) к публичному порядку по действующему законодательству и судебным решениям относятся шариатские предписания [Ballantyne W., 1986: 257]; [Al-Hajaya N., 2020: 401–429]. Тем самым свобода вероисповедания признается в исламских рамках.

Специфику конституционного признания свободы вероисповедания определяют многообразие ислама, наличие в нем различных течений и школ. В частности, различия между религиозными традициями у суннитов и шиитов в Ираке нашли отражение в Конституции, которая оставляет последователям любой религии или религиозного толка свободу совершения своих обрядов и управления своими религиозными учреждениями (ст. 43). Отметим также Основной низам Омана, который закрепляет равенство граждан независимо от религии и толка (ст. 21). Аналогичное положение включено в Конституционную декларацию Ливии (ст. 6). Понятно, что под толком в данном случае имеется в виду направление ислама или школа фикха.

Вместе с тем конституционные документы иногда специально закрепляют права немусульман на свободу исповедания своей веры. Так, Конституционная декларация Ливии предусматривает, что государство гарантирует немусульманам свободу совершения их религиозных обрядов (ст. 1). Однако в отдельных странах доминирование ислама приводит к ограничениям свободы вероисповедания. Так, в соответствии с Конституцией Сомали любой человек вправе практиковать свою религию. Но при этом ни одна религия, кроме ислама, не может распространяться в стране (ст. 17).

Ориентация на исламские ценности прослеживается в конституционном закреплении ряда иных прав и свобод человека. Особенно это касается правового статуса женщин. Например, Конституция Бахрейна устанавливает, что государство обеспечивает сочетание обязанностей женщины по отношению к семье с ее общественной деятельностью и равенством с мужчиной в политической, социальной, культурной и экономической сферах при соблюдении норм шариата (ст. 5), а согласно Конституции Йемена, женщины обладают правами и несут обязанности в мере, в какой они обеспечиваются и предписываются шариатом (ст. 31).

С правами женщин тесно связано закрепление статуса семьи. Большинство анализируемых конституций предусматривает, что семья — основа общества, а к ее устоям относятся нравственность и религия. Подобную норму закрепляют конституции Бахрейна (ст. 5), Египта (ст. 10), Иордании (ст. 6), Ирака (ст. 29), Йемена (ст. 26), Катара (ст. 21), Кувейта (ст. 9), ОАЭ (ст. 15), Основой низам Омана (ст. 15). Понятно, что в указанных странах под религией понимается преимущественно ислам. Ориентация семейных отношений на исламские критерии находит своеобразное отражение в Конституции Сомали, согласно которой аборт противоречат шариату и поэто-

му запрещены, за исключением крайней необходимости, в частности, для сохранения жизни матери (ст. 15).

Принадлежность к различным школам и направлениям ислама может отражаться на конституционном закреплении права на регулирование семейных и некоторых других отношений с учетом расхождений между толками фикха. В частности, Конституция Ирака предусматривает, что иракцы свободны следовать своему личному статусу в соответствии со своей религией, толком, убеждениями и выбором (ст. 41). Отметим, что к личному статусу ислам относит комплекс норм, регулирующих семейные и наследственные отношения, а также вопросы опеки, материального содержания родственников, дарения, вакфа — института фикха, означающего изъятие имущества (чаще всего недвижимого) из оборота ради использования его в интересах членов семьи собственника имущества или в благотворительных целях.

Традиционно в мусульманских странах вопросы личного статуса регулируются с учетом религиозной принадлежности лица. Конституция Египта закрепила этот принцип с учетом многоконфессионального характера страны. В соответствии с ней принципы нормативных систем, вытекающих из религиозных традиций, которым следуют египтяне из числа христиан и иудеев, являются основным источником законодательства, касающегося их личного статуса, религиозных дел и выбора их духовных руководителей (ст. 3).

Решение вопросов личного статуса по религиозному принципу конкретизируется в положении ряда конституций, согласно которому право наследования регулируется нормами шариата. Такую норму предусматривают конституции Йемена (ст. 23), Катара (ст. 51), Кувейта (ст. 18), Основной нizam Омана (ст. 14).

Ислам влияет на регулирование вопросов образования. Во многих рассматриваемых конституциях закрепляется приоритетная роль религии в этой области. Конституция Бахрейна гласит, что закон регулирует религиозное воспитание в системе образования различного уровня и профиля (ст. 7), а в соответствии с Конституцией Египта религиозное воспитание является основным предметом в системе образования (ст. 24). Конституция Йемена устанавливает, что государство обеспечивает преподавание религии в системе образования (ст. 54), а Конституция Сомали предписывает, что обучение исламу обязательно во всех школах, кроме принадлежащих немусульманам (ст. 30). Отметим также Конституцию Туниса, согласно которой в системе образования государство работает над укоренением в подрастающем поколении арабской и исламской идентичности (ст. 44).

Закрепляя права и свободы, арабские конституции нередко ограничивают их исламскими рамками. Например, Конституция Бахрейна гласит, что свобода мнения, научных изысканий и печати, а также право на выражение

собственных взглядов гарантируются при условии соблюдения основ исламской догматики (ст. 23, 24). Закрепляется право создавать союзы и ассоциации, если они не нарушают основ религии (ст. 27). В соответствии с Конституцией Алжира организациям, которые народ избирает, не разрешается деятельность, нарушающая исламскую этику (ст. 10).

Вместе с тем роль ислама в регулировании свободы слова и ассоциаций в специфической форме проявляется в установленном отдельными конституциями запрете на деятельность, которая включает «такфир» — «обвинение в неверии», т.е. обвинение в выходе из ислама (вероотступничестве). Это характерно для идеологии мусульманских экстремистов и террористов, которые объявляют всех не разделяющих их взгляды, вероотступниками, заслуживающими смерти. Отвергая такую практику, Конституция Ирака запрещает любую ассоциацию или учение, которое воспринимает, поощряет, пропагандирует, распространяет или оправдывает «такфир», что не может укладываться в рамки политического плюрализма (ст. 7).

Влияние ислама отражается в регулировании конституциями арабских стран вопросов создания и функционирования политических партий, ведения политической деятельности вообще. Так, Конституция Алжира запрещает образование политических партий на религиозной основе (ст. 57). В соответствии с Конституцией Марокко цели политических партий не могут затрагивать исламскую религию (ст. 7). Согласно Конституции Джибути, политические партии не могут идентифицировать себя с определенной религией (ст. 6), а Конституция Египта содержит запрет не только на создание партий, но и на ведение любой политической деятельности на религиозной основе (ст. 74).

Конституционные нормы относительно обязанностей человека также испытывают влияние исламских идей. В этом отношении обращает на себя внимание Конституция Сомали, которая декларирует, что исламская справедливость исходит из баланса прав и обязанностей (ст. 42). Конституция Йемена провозглашает защиту религии священным долгом (ст. 60), а защиту окружающей среды — религиозной обязанностью каждого гражданина (ст. 35).

Некоторые конституции не ограничиваются закреплением отдельных прав, свобод и обязанностей, отражающих влияние ислама и шариата, а подчиняют все права без исключения исламским критериям. В качестве показательного примера приведем норму Конституции Сомали, согласно которой достоинство даруется человеку Богом (ст. 10). Вместе с тем в этом акте говорится, что при толковании прав человека суд должен принимать во внимание шариат. При этом признание фундаментальных прав человека в Конституции не отрицает иных прав, признаваемых или подтвержденных

шариатом, обычаями или законодательством, при условии их соответствия шариату (ст. 40).

В связи с конституционным закреплением прав, свобод и обязанностей человека отметим также, что конституции отдельных арабских стран упоминают некоторые традиционные институты, выработанные фикхом — наукой о правилах внешнего поведения человека. Прежде всего это касается закята — института фикха, означающего обязанность состоятельных мусульман передавать часть своего имущества и доходов в пользу нуждающихся и некоторых других категорий лиц. Отдельные конституции касаются и такого специфического института фикха, как вакф.

Выделим Конституцию Йемена, закрепляющую оба указанных феномена. Она гласит, что государство собирает закят и расходует его на установленные шариатом цели в соответствии с законом (ст. 21), а также провозглашает неприкосновенность вакфов при условии гарантии реализации их целей и шариатского назначения (ст. 22). Согласно Конституции Египта (ст. 90) и Основного низама Омана (ст. 15), государство обязуется поощрять благотворительные вакфы, а Конституция Иордании предусматривает регулирование законом вопросов организации, управления и финансов исламских вакфов (ст. 107). Конституция Алжира закрепляет, что вакуфное имущество признается и закон охраняет его назначение (ст. 60). Конституция Ирака оставляет последователям всех направлений ислама и толков фикха свободу в управлении своими вакфами (ст. 43).

### **3. Влияние исламских начал на конституционное регулирование государственных органов**

Исламские нормы и принципы находят место в конституционных предписаниях об организации и деятельности государственных органов. Прежде всего привлекают внимание те положения конституций, которые к краеугольным основам государства относят разработанные исламским правоведением устои исламской власти — совещательность, справедливость и равенство. Эти три начала закрепляет Основной низам Омана (ст. 12), в числе политических принципов государства выделяя утверждение истинных начал совещательности, вытекающих из шариата (ст. 13). Принцип консультации упоминает и преамбула этого акта, а преамбула Конституции Бахрейна подчеркивает, что совещательность является высшим идеалом власти в исламе.

Влияние ислама на регулирование организации и деятельности государственных органов можно проследить на примере статуса главы государства. Так, многие конституции предусматривают, что глава государства (президент, монарх) должен быть мусульманином. Такое требование содержит

конституции Алжира (ст. 87), Мавритании (ст. 23), Сирии (ст. 3), Сомали (ст. 88), Туниса (ст. 88). В соответствии с Основным низамом Омана правитель должен быть мусульманином от родителей, являющихся оманцами-мусульманами (ст. 2). Иногда условие исповедания ислама излагается в иной форме, но несет аналогичный смысл. Например, Конституция Йемена гласит, что кандидат в президенты должен соблюдать исламские культовые правила (ст. 107). Согласно Конституции Марокко, Король провозглашен эмиром правоверных, защитником религии и гарантом свободы совершения религиозных обрядов. Он осуществляет все религиозные полномочия, которые исчерпывающим образом поручаются ему в качестве эмира правоверных (ст. 41). Конституция Бахрейна объявляет Короля верным защитником религии (ст. 33).

Влияние ислама и шариата прослеживается в присяге, которую приносит глава государства при вступлении в должность и которая начинается с известной исламской формулы «Именем Аллаха Милостивого и Милосердного». В большинстве указанных стран такую же присягу приносят депутаты парламента и члены правительства. В отдельных странах — например, в Алжире, Ираке, Палестине, Судане — присяга, закрепленная в конституции и аналогичном по статусу акте, заканчивается словами: «Воистину, Аллах — свидетель того, что я говорю».

Нередко присяга включает и иные ссылки на ислам и шариат. В частности, по Конституции Алжира президент обязуется «уважать исламскую религию и прославлять ее» (ст. 90). Конституция Йемена формулирует текст присяги, которая начинается словами «клянусь Великим Аллахом придерживаться Книги Аллаха и Сунны Его Посланника» (ст. 160). По Конституции Катара присяга Эмира включает обязательство уважать шариат (ст. 74, 92, 119). В соответствии с Конституцией Сомали присяга президента и членов правительства содержит обещание выполнять свои обязанности честно в интересах нации, народа и религии (ст. 96, 104).

Исламские начала находят место и в предписаниях конституций относительно парламентских институтов. Прежде всего это касается принципа совещательности. Например, высший законодательный орган в Катаре и Омане называется «маджлис аш-шура» — совет. Такой термин воспроизводит наименование совещательного органа при главе государства, которое использует исламская концепция халифата. При этом законодательные органы в обеих указанных странах являются не совещательными институтами, а полноценными парламентами, но их официальное название отражает исламскую традицию. Отметим также, что верхняя палата парламента Бахрейна также именуется консультативным советом, хотя по своим функциям сопоставима с аналогичными структурами двухпалатных парламентов в некоторых других арабских странах.

Влияние ислама на конституционное регулирование законодательных органов проявляется и в иной форме. Например, Конституция Йемена среди условий, которым должен отвечать кандидат в депутаты парламента, называет исполнение религиозных обязанностей (ст. 64). Получается, что немусульманин лишен пассивного избирательного права. Обратим внимание на Конституцию Марокко, в соответствии с которой депутаты пользуются иммунитетом, за исключением случаев, когда выражаемые ими мнения оспаривают монархический строй или исламскую религию (ст. 64).

Исламские и шариатские институты играют роль в процедуре назначения на государственные должности. Так, в соответствии с Конституцией Катара Эмир назначает наследного принца после консультаций с правящим семейством и с «теми, кто развязывает и связывает» (ст. 9). Этим термином исламская концепция халифата обозначает коллегия знатоков шариата и специалистов в различных областях, которая участвует в определении правителя, консультирует его и контролирует осуществление им полномочий в рамках шариата.

По аналогичному пути идет Конституция Кувейта, которая гласит, что Эмир назначает премьер-министра после «традиционных консультаций» (ст. 56). Имея в виду, что совещательность составляет одну из основ исламской власти, указанная формула вполне прозрачно апеллирует не к традиции, а именно к данному шариатскому принципу.

Влияние ислама испытывают предписания арабских конституций, касающиеся судебной власти. Речь, в частности, идет о порядке разрешения споров по вопросам личного статуса мусульман по нормам шариата. Так, Основной закон Палестины устанавливает, что вопросы, связанные с шариатом и личным статусом, рассматриваются шариатскими и религиозными судами в соответствии с законом (ст. 101). Понятно, что шариатские суды полномочны решать дела, относящиеся к личному статусу мусульман, а религиозные суды — последователей других религий.

Такой подход детально регулируется Конституцией Иордании, которая гласит, что вопросы личного статуса мусульман входят в юрисдикцию шариатских судов. Они также полномочны рассматривать дела о «дийе» (денежной компенсации за убийство или причинение телесных повреждений), если обвиняемый и потерпевший являются мусульманами, или когда один из них является немусульманином, но стороны согласились на рассмотрение дела шариатским судом. Одновременно предусмотрено, что по всем рассматриваемым ими делам шариатские суды применяют нормы шариата (ст. 103–106).

Конституции арабских стран содержат и иные нормы, касающиеся правосудия и испытывающие влияние ислама и шариата. Например, по Конституции Ирака в состав Верховного федерального суда включаются эксперты

по фикху (ст. 92), а Конституция Сомали предусматривает, что членами Конституционного суда назначаются лица, обладающие соответствующей квалификацией в праве и шариате (ст. 109В).

Исламские начала нетрудно заметить и в тех предписаниях арабских конституций, касающихся специальных государственных, консультативных, научных или религиозных институтов. Примером является положение Конституции Мавритании о назначаемом президентом Высшем совете фетв и жалоб в качестве консультативного органа при главе государства. Полномочия данного совета, в частности, включают вынесение фетв и формулирование мнений по вопросам фикха в соответствии с выводами маликитского его толка (ст. 94). Согласно Конституции Марокко король — эмир правоверных возглавляет Высший научный совет. Он является единственной инстанцией, которая по обращенным к ней вопросам принимает официально утверждаемые фетвы на основе принципов и норм исламской религии и ее целей (ст. 41). Конституция Алжира предусматривает создание Высшего исламского совета в качестве консультативного органа при президенте. Функции совета включают поощрение иджтихада и его развитие, а также формулирование шариатских решений и оценок по предлагаемым на его рассмотрение вопросам (ст. 206, 207). Конституция Коморских Островов устанавливает, что декретом президента назначается муфтий республики, являющийся высшей религиозной инстанцией в стране (ст. ст. 57, 98).

Особого внимания заслуживает Конституция Египта, которая закрепляет статус Аль-Азхара — крупнейшего в мусульманском мире исламского научного и образовательного учреждения. Установлено, что Аль-Азхар является независимым исламским научным центром, самостоятельно решающим свои внутренние вопросы. Он выступает основной инстанцией в области религиозных наук и исламских дел, отвечает за исламское миссионерство, распространение религиозных наук в Египте и мире. Шейх Аль-Азхара независим и несменяем, а его избрание из членов Коллегии крупнейших мусульманских ученых регулируется законом (ст. 7).

#### **4. Ислам и шариат в Основном низаме о власти Саудовской Аравии**

Конституционный документ Королевства Саудовская Аравия (далее — КСА) существенно отличается от конституций и иных аналогичных актов других арабских стран. Его специфика объясняется особым местом, которое занимает ислам и связанные с ним институты в Королевстве. Влияние ислама проявляется уже в названии документа.

Доминирующая в КСА идеология гласит, что верховная нормотворческая власть принадлежит Аллаху и реализуется в шариате. Его положения, содер-

жащиеся в однозначно толкуемых и точно установленных предписаниях Корана и Сунны Пророка, являются неизменными и стоят выше любых сформулированных людьми норм. Истинным законодателем выступает только Аллах, а земная власть наделяется лишь регламентарными полномочиями, цель которых — регулирование организационных и процедурных вопросов, необходимых для реализации шариатских правил [Al-Nabhan M., 1986: 557–561].

Следует иметь в виду, что в арабском языке термин «законодательство» передается словом «ташри», которое является однокоренным с «шариа» (шариат) и используется в качестве его синонима. Иными словами, по-арабски «ташри» может пониматься одновременно как «шариат» и «законодательство». В то же время в арабском языке термины «закон» и «право» передаются заимствованным словом «канун», которое на официальном уровне в Королевстве ассоциируется с иностранным влиянием, восприятием чуждой нормативной культуры.

Эти соображения легли в основу официального правительственного решения, согласно которому в Королевстве указанные арабские слова, соответствующие терминам «законодательство» и «закон», официально не используются, а вместо них употребляется слово «низам», которое может быть переведено на русский язык как «регламент», «упорядывающий» или «регулирующий» акт [Hanson M., 1987: 289]. Такое словоупотребление призвано подчеркнуть, что государственные органы не законодательствуют, а лишь устанавливают порядок и процедуры претворения норм шариата как истинного законодательства. Не зря поэтому законодательная власть, осуществляемая государственными органами, называется в Саудовской Аравии «регламентарной». Ее полномочия реализуются в принятии «низамов» — регламентов, соответствующих законам в других странах.

Действующий в КСА нормативный документ конституционного характера — «Основной низам о власти». Он был провозглашен королевским Декретом 01.03 и опубликован 06.03.1992.<sup>17</sup> В первой же его статье Королевство названо исламским государством, религией которого выступает ислам, а конституцией — Книга Аллаха (Коран) и Сунна Его Посланника. Термин «конституция» употреблен здесь не в традиционном правовом смысле, а в значении свода предписаний, пользующихся наивысшим авторитетом. Необычное для арабских стран положение, прямо отражающее влияние ислама, закрепляет ст. 2 указанного акта, согласно которой двумя государственными

<sup>17</sup> Available at: <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/16b97fcb-4833-4f66-8531-a9a700f161b6/1> (дата обращения: 24.08.2022)

праздниками являются «Ид аль-адха»<sup>18</sup> и «Ид аль-фитр»<sup>19</sup>, а государственный календарь определяется летоисчислением по Хиджре<sup>20</sup>. Отметим также, что в соответствии с Основным низамом на государственном флаге Саудовской Аравии имеется формула «Нет Бога кроме Аллаха, а Мухаммад — Посланник Аллаха» (ст. 3).

В главе Основного низама, посвященной форме правления, установлено, что власть в стране принадлежит потомкам короля-основателя Абдель Азиза Аль Сауда. Наиболее достойный из них вступает во власть по Книге Всевышнего Аллаха (т.е. Корану) и Сунне Его посланника (ст. 5). Такие принципы в сводном виде получили закрепление в предписании, что власть Королевства черпает полномочия из указанных двух источников, которые главенствуют над Основным низамом и всеми остальными низамами государства (ст. 7). Сходная идея звучит и в положении о том, что власть в Саудовской Аравии зиждется на справедливости, совещательности и равенстве в соответствии с исламским шариатом (ст. 8).

Глава Основного низама, касающаяся устоев саудовского общества, открывается указанием, что члены семьи, составляющей ядро общества, воспитываются на основе исламской догматики, предполагающей преданность и подчинение Аллаху, Его Посланнику и вершителям дел из числа мусульман (ст. 9). Отметим, что к «вершителям дел» исламская мысль традиционно относит мусульманских властителей и ученых. Установлено, что саудовское общество зиждется на солидарной приверженности его членов воле Аллаха и их сотрудничестве в творении добра и благочестии (ст. 11). Согласно Основному низаму образование нацелено на утверждение исламской догматики в подрастающем поколении (ст. 13).

Зафиксированные в этом акте экономические принципы включают указание: все природные богатства заложены в недра земли Аллахом (ст. 14). Вместе с тем установлено, что собственность, капитал и труд являются основными устоями социально-экономического существования Королевства, выполняющими социальную функцию согласно исламскому шариату (ст. 17). Закреплено, что закят собирается и расходуется на предписанные шариатом цели (ст. 21).

---

<sup>18</sup> Ид аль-Адха — праздник жертвоприношения, символизирующий окончание хаджа (паломничества к мусульманским святыням в Мекке и ее окрестностях) и отмечаемый в 10-й день месяца Зу-ль-хиджа по календарю Хиджры.

<sup>19</sup> Ид аль-фитр — исламский праздник прекращения поста, отмечаемый в первый день месяца Шавваль в честь окончания поста в месяц Рамадан по календарю Хиджры.

<sup>20</sup> Хиджра (араб. — переселение) — переселение мусульманской общины под руководством Пророка Мухаммада из Мекки в Медину в 622 году. Год Хиджры стал первым годом исламского лунного календаря (Лунной хиджры).

Относящаяся к правам и обязанностям глава открывается положением, в соответствии с которым государство защищает догматику ислама и претворяет шариат, осуществляет функцию следить за претворением предписанного исламом и отвращать от запрещенного им, реализует обязанность призывать к следованию путем Аллаха (ст. 23). Оно несет ответственность за состояние, функционирование и обслуживание «двух святынь» («запретной» мечети в Мекке и мечети Пророка в Медине), обеспечивает безопасность их посетителям и обслуживает их, давая им возможность совершить паломничество (ст. 24). Важнейшим является положение, что государство защищает права человека в соответствии с исламским шариатом (ст. 26).

Среди обязанностей каждого гражданина Основной низам называет защиту исламской догматики (ст. 34). Обратим внимание на предписание этого документа, касающееся находящихся в Королевстве иностранцев, которые обязаны не только следовать принятым в стране низамам, но и соблюдать ценности саудовского общества, уважать его традиции и чувства (ст. 41).

Раздел Основного низама относительно государственной власти открывается принципиальным предписанием: данная власть складывается из судебной, исполнительной и регламентарной властей, источником которых является Король (ст. 44). Такая иерархия прямо отражает исламские понятия о назначении власти, призванной прежде всего служить шариату и претворять его в жизнь. Непосредственно отвечает за реализацию предписаний шариата именно судебная власть, которая поэтому и названа в Основном низаме первой.

Этот принцип прямо закреплен в указанном акте, который гласит, что правосудие является самостоятельной властью, а над судьями нет власти, кроме власти исламского шариата (ст. 46). Предусмотрено, что суды при решении дел применяют норм исламского шариата, установленные Кораном и Сунной Пророка, а также принимаемые властью низамы, которые не противоречат Корану и Сунне (ст. 48).

Прямое влияние шариата прослеживается в положении Основного низама о том, что источником фетв, выносимых в Саудовской Аравии, является Книга Всевышнего Аллаха и Сунна Его Посланника. Специальный низам регулирует формирование и полномочия Коллегии крупнейших мусульманских ученых, а также Управления научных исследований и фетв (ст. 45). Одновременно предусмотрено создание ведомства жалоб — традиционного исламского института правосудия, выполняющего функции административного суда (ст. 53).

Ряд статей Основного низама посвящен Королю. Показательно, что с октября 1986 г. саудовский монарх носит титул «слуга двух святынь». В конституционном документе говорится, что Король управляет общиной шариатским образом и контролирует претворение исламского шариата (ст. 55).

Заместители председателя Совета министров (во главе которого стоит Король), министры и члены Консультативного совета несут перед монархом солидарную ответственность за претворение шариата (ст. 57).

По Основному низаму регламентарная власть полномочна разрабатывать низамы, реализующие интересы и предотвращающие порчу в государственных делах в соответствии с нормами шариата (ст. 67). В принятии низамов вместе с Королем и советом министров участвует Консультативный совет, функционирование которого олицетворяет принцип совещательности как одну из основ исламской власти.

## **Заключение**

Ислам и шариат продолжают существенно влиять на конституции арабских стран. что наглядно подтверждает серьезную роль ислама в политико-правовом развитии арабского мира. В то же время исламские положения, включенные в конституции некоторых стран, прямо отражают соперничество различных политических сил и идеологических течений по вопросам ислама и шариата.

В частности, конкуренция на поле ислама наложила отпечаток на конституционное развитие Египта. Здесь после отстранения прежнего руководства страны в 2011 г. сменилось несколько конституционных документов, в содержании которых отчетливо прослеживается взаимодействие и противостояние, с одной стороны, военной элиты вместе с иными силами, выступавшими за усиление светского характера государства, а с другой — связанных с исламом политических группировок [Чиркин В.Е., 2014: 90]. При этом вполне естественно, что конституционные декларации и конституции, действовавшие в период нахождения у власти исламских сил в 2012–2013 гг., в наиболее широких масштабах воспринимали исламские нормы и институты [Васильев А.М., Винницкий Д.И., 2013: 2–10].

Нынешняя Конституция страны (2014), вступившая в силу после отстранения исламистов и прихода к власти военных, закрепила ключевые позиции армейской верхушки, не отказываясь от ряда предписаний, испытывающих прямое влияние ислама. Так, она подтвердила положение Аль-Азхара как самого авторитетного органа в области исламских наук и иных исламских вопросов, оставила характеристику принципов шариата в качестве главного источника законодательства, сохранила указание на право христиан и иудеев Египта регулировать свои отношения личного статуса в соответствии с принятыми ими религиозными предписаниями.

В то же время действующая Конституция отошла от некоторых важных положений прежней Конституции (2012), отражавших исламские начала. В частности, изъята статья, интерпретировавшая смысл принципов ислам-

ского шариата в качестве главного источника законодательства. Важно подчеркнуть, что, по мнению членов Конституционной комиссии, выразивших мнение исламских политических сил и центров, именно указанное толкование является гарантией против превращения Египта в светское государство, а также влияния на законодательство страны не традиционных для нее исламских течений. Однако в виде компромисса с исламскими структурами в преамбулу Конституции внесено положение, что толкование принципов шариата как источника законодательства содержится в решениях Верховного конституционного суда. Одновременно действующая Конституция запрещает создание политических партий на религиозной основе, в то время как Конституция 2012 г. не содержала такого ограничения.

Закрепление конституцией компромисса между секулярными и исламскими позициями характерно и для некоторых других арабских стран, например, для Йемена [Хайруллин Т., Коротаев А., 2017: 44]. Нередко подготовка конституции сопровождается жаркими спорами политических группировок с религиозными институтами о соответствии ее содержания исламским нормам и принципам. В частности, в Ливии Комиссия фетв при Организации вакфов и исламских вопросов неоднократно принимала заявления с острой критикой различных конституционных проектов на том основании, что они противоречили шариату<sup>21</sup>.

В процессе политической трансформации арабских стран ислам остается оппонентом светской идеологии. Его роль как одного из устоев арабского общества сомнению не подлежит. Следовательно, он не может не оказывать влияния на конституционное развитие указанных стран. Очевидно, такая роль сохранится за исламом и в будущем.



#### Список источников

1. Васильев А.М., Винницкий Д.И. Египетская конституция: исламское «Да» светскому «Нет». Азия и Африка сегодня, 2013. № 3. С. 2–10.
2. Сапронова М.А. Ислам и государственные структуры арабских стран: учебное пособие. М.: МГИМО, 2011. 164 с.
3. Хайруллин Т., Коротаев А. Ислам и йеменские конституции: опыт сопоставительного анализа // Азия и Африка сегодня. 2017. № 5. С. 43–48.
4. Чиркин В.Е. Конституция Египта 2014 г. // Государство и право. 2014. № 6. С. 90–97.
5. Ahmed D., Ginsburg T. Constitutional Islamization and Human Rights: The Surprising Origin and Spread of Islamic Supremacy in Constitutions. Virginia Journal of International Law, 2014, vol. 54, no. 3, pp. 615–695.

---

<sup>21</sup> Available at: <https://almarsad.co/2017/08/02/>(дата обращения: 24.08.2022)

6. Ahmed D., Gouda M. Measuring Constitutional Islamization: The Islamic Constitutions Index. *Hastings International and Comparative Law Review*, 2015, vol. 38, no. 1, pp. 1–74.
7. Al-Nabhan M. F. The Islamic View of the Legislative Role of the State. *Arab Law Quarterly*, 1986, vol. 1, no. 5, pp. 557–561.
8. Аль-Хаджайа Н. Публичный порядок, основанный на регулировании брака. Решение апелляционного суда Дубая по вопросу личного статуса: исследование международного частного права ОАЭ. *Маджаллат аль-Хукук*, 2020, т. 44, № 1, с. 401–429 (на араб. яз.).
9. Джаббур Ж. Арабизм и проявления приверженности иным ценностям в современных конституциях арабских стран. *Дамаск*, 1976. 142 с. (на араб. яз.).
10. Ballantyne W. The New Civil Code of the United Arab Emirates: A Further Reassertion of the Shari'a. *Arab Law Quarterly*, 1986, vol. 1, no. 3, pp. 245–264.
11. Brown N., Revkin M. Islamic Law and Constitutions / *The Oxford Handbook of Islamic Law*. Edited by Anver M. and Rume A. Oxford, 2018, pp. 779–818.
12. Hanson M. The Influence of French Law on the Legal Development of Saudi Arabia. *Arab Law Quarterly*, 1987, vol. 2, no 3, pp. 272–291.
13. Hosen N. In Search of Islamic Constitutionalism. *The American Journal of Islamic Social Sciences*, 2004, vol. 21, no. 2, pp. 1–24.
14. Johansen B. The Relationship Between the Constitution, the Sharī'a and the Fiqh: Jurisprudence of Egypt's Supreme Constitutional Court. *ZaöRV*, 2004, vol. 64, pp. 881–896.
15. Lombardi C. Constitutional Provisions Making Sharia "A" or "The" Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter? *The American University International Law Review*, 2013, vol. 28, issue 3, pp. 733–774.
16. Lombardi C. Designing Islamic constitutions: past trends and options for a democratic future. *International Journal of Constitutional Law*, 2013, vol. 11, issue 3, pp. 615–645.



## References

1. Ahmed D., Ginsburg T. (2014) Constitutional Islamization and human rights: surprising origin and spread of Islamic supremacy in constitutions. *Virginia Journal of International Law*, no. 3, pp. 615–695.
2. Ahmed D., Gouda M. (2015) Measuring constitutional Islamization: Islamic constitutions index. *Hastings International and Comparative Law Review*, no. 1, pp. 1–74.
3. Al-Hajaya N. (2020) The public order based on marriage in Dubai Court of Cassation's jurisdiction regarding personal status matters: a study in UAE private international law. *Al-Hukuk Journal*, no. 1, pp. 401–429 (in Arabic)
4. Al-Nabhan M. (1986) The Islamic view at the legislative role of the state. *Arab Law Quarterly*, no. 5, pp. 557–561.
5. Ballantyne W. (1986) The new Civil Code of United Arab Emirates: a further reassertion of the Shari'a. *Arab Law Quarterly*, no. 3, pp. 245–264.
6. Brown N., Revkin M. (2018) Islamic law and constitutions. In: *Oxford Handbook of Islamic Law*. A. Emon, A. Rume (eds.). Oxford: OUP, pp. 779–818.
7. Chirkin V. Ye. (2014) Egyptian Constitution of 2014. *Gosudarstvo i pravo* = State and Law, no. 6, pp. 90–97 (in Russ.)
8. Hanson M. (1987) The influence of French law on legal development of Saudi Arabia. *Arab Law Quarterly*, no. 3, pp. 272–291.

9. Hosen N. (2004) In search of Islamic constitutionalism. *The American Journal of Islamic Social Sciences*, no. 2, pp. 1–24.
  10. Jabbur J. (1976) Arabism and other manifestations of adherence in the modern constitutions of Arab countries. Damascus: Ministry of Culture, 142 p. (in Arabic)
  11. Johansen B. (2004) The relationship between the Constitution, the Sharī'a and the Fiqh: jurisprudence of Egypt's Supreme Constitutional Court. *ZaöRV* 64, pp. 881–896.
  12. Khayrullin T., Korotayev A. (2017) Islam and Yemeni constitutions: comparative analysis. *Aziya i Afrika segodn'ya*=Asia and Africa Today, no. 5, pp. 43–48 (in Russ.)
  13. Lombardi C. (2013a) Constitutional provisions making sharia “a” or “the” chief source of legislation: where did they come from? What do they mean? Do they matter? *The American University International Law Review*, no. 3, pp. 733–774.
  14. Lombardi C. (2013b) Designing Islamic constitutions: past trends and options for a democratic future. *International Journal of Constitutional Law*, no. 3, pp. 615–645.
  15. Saponova M.A. (2011) Islam and state structures of Arab states: a guide. Moscow: MGIMO Press, 164 p. (in Russ.)
  16. Vasil'yev A.M., Vinnitskiy D.I. (2013) Egyptian Constitution: Islamic «Yes» to secular «No». *Aziya i Afrika segodn'ya*=Asia and Africa Today, no. 3, pp. 2–10 (in Russ.)
- 

#### **Информация об авторе:**

Л.Р. Сюкияйнен — доктор юридических наук, профессор.

#### **Information about the author:**

L.R. Syukiyainen — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 26.09.2022; одобрена после рецензирования 21.10.2022; принята к публикации 28.10.2022.

The article was submitted to the editorial office 26.09.2022; approved after reviewing 21.10.2022; accepted for publication 28.10.2022.

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии**

*Научная статья*

УДК 343.3

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.24.50

# **Определение субъекта прав на результаты интеллектуальной деятельности, созданные с использованием искусственного интеллекта**



**Виталий Олегович Калятин**

Исследовательский центр частного права им. С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, Россия, Москва 103132, Ильинка, 8/2, kalvit@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2927-6591>



## **Аннотация**

Искусственный интеллект применяется в настоящее время во всех областях человеческой деятельности, включая создание фильмов, музыкальных произведений, современных технологий и т.д. Однако широкое использование искусственного интеллекта при создании результатов интеллектуальной деятельности ставит перед законодателем и судами трудные вопросы об определении правового режима, применимого к таким результатам интеллектуальной деятельности и об установлении места искусственного интеллекта в правовой системе в целом. Дискуссионным остается даже понятие искусственного интеллекта; жаркие споры вызывает и выбор подхода к определению лица, которому будут принадлежать созданные искусственным интеллектом результаты. Традиционное регулирование связывает охрану интеллектуальной собственности с деятельностью человека, а в рамках континентальной системы права требуется также творчество. В результате компании, использующие искусственный интеллект, указывают фиктивных авторов, чтобы получить охрану результатов интеллектуальной деятельности. В доктрине предложен ряд вариантов закрепления прав на такие объекты, среди которых можно назвать разработчика искусственного интеллекта; лицо, организовавшее функционирование искусственного интеллекта; инвестора; пользователя искусственного интеллекта; сам искусственный интеллект и др. В настоящей статье анализируются возможные модели регулирования таких результатов интел-

лектуальной деятельности, указываются перспективы изменения законодательства и общественные последствия этого. Делается вывод, что среди множества моделей закрепления права на результаты интеллектуальной деятельности, созданные искусственным интеллектом, лишь несколько заслуживают внимания, из которых наиболее перспективным является вариант введения специального ограниченного смежного права лица, организовавшего процесс использования искусственного интеллекта. Данная модель имеет сходство с уже существующими в гражданском праве конструкциями — правами изготовителя фонограмм, организации эфирного или кабельного вещания, изготовителя базы данных. Имеется и опыт применения этих конструкций в некоторых странах. Таким образом, появление искусственного интеллекта в сфере интеллектуальной собственности требует не значительной перестройки всего правового регулирования, а лишь развития сложившихся подходов.



### Ключевые слова

интеллектуальная собственность, искусственный интеллект, авторское право, смежные права, автор, творчество, общественное достояние, пользователь, инвестор, организатор использования искусственного интеллекта.

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

**Для цитирования:** Калятин В.О. Определение субъекта прав на результаты интеллектуальной деятельности, созданные с использованием искусственного интеллекта и его влияние на развитие гражданского законодательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4. С. 24–50. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.24.50.

## Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

*Research article*

### Establishing of Subject of Rights to Intellectual Property Created with Use of Artificial Intelligence



**Vitaly O. Kalyatin**

Private Law Studies Center under the President of the Russian Federation, 8 Ilyinka Str., Moscow 103132, Russia, kalvit@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2927-6591>



### Abstract

Artificial Intelligence (AI) applies now in all areas of the mankind activity, including creation of new films, music, modern technologies, etc. However, active use of AI during creation of intellectual property causes substantial problems for legislator and courts concerning definition of relevant legal regime of such works and finding the place of artificial intelligence in the legal system. Even the notion of AI is still the subject of discussion, all the more so there are active discussions regarding definition of a subject of rights to products created by AI.

Traditional regulation requires protection of IP with human's activity, and, in the framework of continental legal system, creativity. As a result firms applying AI indicate fictive authors to protect relevant intellectual property. In the doctrine some variants of protection of such works are suggested, including protection of rights of AI developer, person who organized of artificial intelligence, investor, AI' user, AI itself, etc. In the article possible models of regulation are analyzed as well as perspectives of its implementation and possible results. The main conclusion is that among the many possible variants of definition of rights to the works created by artificial intelligence, only few deserve attention among which option of introduction of specific limited related rights of a person who organized of artificial intelligence is the most perspective. This model is similar with constructions are used in the civil law: phonograms producer rights, air and cable broadcasting bodies rights, database producers' rights. There is some experience of use of such model in several countries. Thus, use of artificial intelligence in the intellectual property sphere requires developing of existing legal regimes rather than substantial reconstruction of the legal regulation.

### **Keywords**

intellectual property, artificial intelligence, copyright, related rights, author, creative activity, public domain, user, investor, organizer of artificial intelligence implementation.

**Acknowledgements:** The article is prepared as a part of the research program Institute of digital environment of National Research University Higher School of Economics in 2020–2021.

**For citation:** Kalyatin V.O. (2022) Establishing of subject of rights to intellectual property created with use of artificial intelligence. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 24–50 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.24.50.

## **Введение**

Термин «искусственный интеллект» впервые появился в работе Д. Маккарти в далеком 1956 году [Prange D.A., Lawson A., 2018: 35]. Однако именно сегодня охрана результатов интеллектуальной деятельности, созданных с помощью искусственного интеллекта, стала актуальной задачей права. Возрастание возможностей современной вычислительной техники с одной стороны и ее широкое внедрение в процесс создания результатов интеллектуальной деятельности с другой ставит вопрос об определении правовых режимов, применимых к объектам, создаваемым с помощью искусственного интеллекта. Многообразии возможных подходов к урегулированию возникающих отношений требует выделения базовых моделей, на основе которых будут развиваться возможные вариации. Такая систематизация позволит определить принципиальные подходы к решению поставленной задачи и принять во внимание специфику национального права.

Однако вопрос определения субъекта прав на такие произведения гораздо важнее, чем решение лишь практической проблемы защиты производителей соответствующих результатов. Уже сейчас создаваемые искус-

ственным интеллектом результаты могут быть практически неотличимы от продуктов человеческого труда и даже превосходить их с точки зрения восприятия публикой<sup>1</sup>.

Перед человечеством встала проблема выработки отношения (в том числе и с точки зрения права) к интеллектуальной собственности, созданной не человеком, причем не в качестве курьезного исключения<sup>2</sup>, а уже типичной ситуации. Со временем участие электронной техники в жизни человечества будет лишь возрастать, поэтому неизбежно будет расти и количество гражданско-правовых вопросов, связанных с использованием искусственного интеллекта. Решение этого, на первый взгляд частного вопроса может существенно повлиять на развитие гражданского законодательства.

Конечно, вопрос о месте искусственного интеллекта в гражданском праве требует отдельного исследования. Однако важно помнить, какие цели мы можем ставить при выборе той или иной модели и какие последствия выбор модели повлечет за собой в общественном развитии.

## **1. Определение искусственного интеллекта**

По своей природе искусственный интеллект может рассматриваться как программа ЭВМ — это понятие известно праву. Поскольку наиболее распространенным взглядом на искусственный интеллект является отношение к нему как к инструменту, используемому в деятельности человека, и, соответственно, выступающему в качестве объекта права, вопрос о праве на результат, создаваемый искусственным интеллектом, фактически заменяется на вопрос: участвовал ли в создании данного объекта человек, внесший творческий вклад в его создание (так как именно творчество при создании произведения является сегодня ключевым моментом для определения охраноспособности произведения).

С одной стороны, это позволяет применять традиционные подходы к регулированию прав на такие результаты интеллектуальной деятельности, разрешая спорные вопросы уже сегодня на базе действующего законодательства, но с другой — ослабляет охрану объектов, в создании которых человек не проявил явной творческой активности.

---

<sup>1</sup> Так, в ходе теста в Рутгерском университете (США) в 2017 г. группа экспертов в области информатики и историков искусств не смогла отличить картины, созданные искусственным интеллектом от картин, созданных человеком; иногда картины, созданные искусственным интеллектом, оценивались выше (Lauber-Rönsberg: Autonome „Schöpfung“ — Urheberschaft und Schutzfähigkeit GRUR 2019, 244. Beck-online).

<sup>2</sup> Как, например, с нашумевшим «селфи обезьяны», сделанным с помощью фотоаппарата фотографа Д. Слейтера. Available at: URL: [https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B5%D0%BB%D1%84%D0%B8\\_%D0%BE%D0%B1%D0%B5%D0%B7%D1%8C%D1%8F%D0%BD%D1%8B](https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B5%D0%BB%D1%84%D0%B8_%D0%BE%D0%B1%D0%B5%D0%B7%D1%8C%D1%8F%D0%BD%D1%8B) (дата обращения: 10.10.2021)

Несколько проще ситуация в странах общего (англосаксонского) права, где критерий творчества снижен. Однако даже в таких странах сохраняются принципиальные проблемы, связанные с охраной результатов интеллектуальной деятельности, созданных с использованием искусственного интеллекта, и встраивания их в систему охраняемых объектов. Кроме того, не устраняются риски для творческой деятельности человека, возникающие в связи с массированным использованием компьютерных систем.

Тем более вариант снижения требований к уровню творчества является неприемлемым в странах континентальной правовой системы, к которым относится и Россия. Поэтому ограничиться только снижением требований к охраняемому объекту будет недостаточно, потребуются введение регулирования с учетом специфики функционирования искусственного интеллекта.

Системы вычислительной техники могут в различной степени использоваться при создании результатов интеллектуальной деятельности: степень участия может варьироваться от фиксации объекта (текста, фотографии, звуков) до сложной обработки получаемого материала, при которой роль пользователя вычислительной системы сводится лишь к выбору задачи или исходного материала. Очевидно, что когда вычислительная система используется лишь как специальный инструмент фиксации действий пользователя, серьезных проблем с регулированием нет. Это же касается обработки материала (например, фотографии, текста), осуществляемой пользователем, где вычислительная система будет выступать в качестве технического средства, обеспечивающего изменение материала, его проверку и т.д., действуя по инструкциям пользователя.

Наиболее проблемна область работы вычислительной системы без непосредственного вовлечения человека в процесс. В действительности человек может участвовать в этом процессе, хотя бы на уровне формулирования принципов действия и правил поведения соответствующей системы, однако в момент решения поставленной задачи вычислительная система будет действовать для пользователя автономно (хотя в некоторых ситуациях может предусматриваться и некоторая степень участия пользователя в процессе).

Поэтому в качестве базового определения допустимо принять вариант, предложенный Всемирной организацией интеллектуальной собственности: «Искусственный интеллект — это отрасль информатики, целью которой является создание машин и систем, способных к выполнению задач, которые считаются требующими участия человеческого разума, при ограниченном вмешательстве человека или вообще без такого вмешательства». В узком смысле термин обозначает «системы и программы, запрограммированные на решение индивидуальных задач»<sup>3</sup>. Данное определение удобно для огра-

---

<sup>3</sup> Available at: URL: [https://www.wipo.int/meetings/ru/details.jsp?meeting\\_id=55309](https://www.wipo.int/meetings/ru/details.jsp?meeting_id=55309) (дата обращения: 10.10.2021)

ничения исследуемой сферы, однако оценка необходимости участия человеческого разума в решении задачи является чрезвычайно субъективной.

При рассмотрении вопросов, анализируемых в настоящей работе, следует помнить, что искусственный интеллект не является аналогом человеческого интеллекта ни по организации, ни по характеру функционирования. В этом отношении важен мысленный эксперимент «китайская комната», предложенный Джоном Серлом [Searle J., 1990: 26–31]. Его суть заключается в следующем: если лицу, закрытому в комнате, сообщить, когда и как использовать китайские иероглифы при получении вопроса на китайском языке, такое лицо будет способно давать ответы на переданные ему вопросы на китайском языке, которые могут восприниматься лицом, находящимся за пределами комнаты и знающим китайский, как разумные и осознанные. В то же время запертое в комнате лицо, очевидно не понимает не только смысла вопросов, но и данных им ответов.

Эксперимент показывает теоретическую возможность такой организации обработки информации, при которой механическое использование заданных правил действий и примеров подобных задач («слабый искусственный интеллект») позволит получать вполне обоснованные и выглядящие разумными ответы. Однако слабый искусственный интеллект не контролирует процесса обработки информации и не способен к сознательному восприятию задачи, на что способен человеческий интеллект (который можно назвать «сильным искусственным интеллектом»). Естественным ограничением применимости слабого искусственного интеллекта является круг задач, для которых он создан; сильный искусственный интеллект может решать задачи практически в любой области. Предполагается, что пока созданные системы не дают возможности говорить о существовании сильного искусственного интеллекта. В то же время нейронные сети способны к самообучению, что потенциально позволяет существовать на их основе сильному искусственному интеллекту.

В доктрине и законодательстве известны и другие определения искусственного интеллекта. Так, ГОСТ 15971-90 (п. 56 Таблицы 1) определяет искусственный интеллект как «способность вычислительной машины моделировать процесс мышления за счет выполнения функций, которые обычно связывают с человеческим интеллектом. Такими функциями являются, например, обучение и логический вывод»<sup>4</sup>. В свою очередь, п. 5 Национальной стратегии развития искусственного интеллекта на период до 2030 года устанавливает, что искусственный интеллект — это «комплекс технологических решений, позволяющий имитировать когнитивные функции человека

---

<sup>4</sup> ГОСТ 15971-90. Государственный стандарт Союза ССР. Системы обработки информации. Термины и определения (утв. и введен в действие Постановлением Госстандарта СССР от 26.10.1990 № 2698).

(включая самообучение и поиск решений без заранее заданного алгоритма) и получать при выполнении конкретных задач результаты, сопоставимые, как минимум, с результатами интеллектуальной деятельности человека. Комплекс технологических решений включает информационно-коммуникационную инфраструктуру, программное обеспечение (в том числе в котором используются методы машинного обучения), процессы и сервисы по обработке данных и поиску решений»<sup>5</sup>.

За рубежом определения искусственного интеллекта разнообразны, но в целом их можно свести либо к проведению аналогии с интеллектуальной деятельностью человека, либо к указанию функций, выполняемых искусственным интеллектом.

К первой группе относят, например, Национальную стратегию искусственного интеллекта, принятую в Сингапуре: она определяет искусственный интеллект как способность симулировать интеллектуальную деятельность человека с помощью компьютера<sup>6</sup>. А Национальная программа искусственного интеллекта ОАЭ определяет его как набор технологий, позволяющих машине или системе понимать, учиться, действовать и чувствовать, как человек. Такой подход вполне понятен и обоснован — он дает возможность заниматься регулированием соответствующей сферы, не увязая в теоретической дискуссии. Все же он малоперспективен, так как организация мыслительной деятельности человека и функционирование электронных устройств слишком различаются по своей сути, и любые попытки их сравнить носят чисто внешний и условный характер.

Во вторую группу можно включить определения, рассматриваемые в ЕС и США. Так, в Европейской резолюции от 16.02.2017 с рекомендациями о робототехнике предлагаются следующие характеристики «умного робота»: способность становиться автономным за счет обмена данными со средой, их обработки и анализа; способность самообучаться; существование, по крайней мере, минимальной физической поддержки; способность приспособлять свои действия к условиям среды; отсутствие биологической жизни<sup>7</sup>. В законопроекте «Будущее искусственного интеллекта», который обсуждали в Конгрессе США, указано, что термин «искусственный интел-

---

<sup>5</sup> Указ Президента РФ от 10.10.2019 № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации» (вместе с «Национальной стратегией развития искусственного интеллекта на период до 2030 года»).

<sup>6</sup> Available at: <https://www.smartnation.gov.sg/files/publications/national-ai-strategy.pdf> (дата обращения: 10.10.2021)

<sup>7</sup> European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)). Available at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2017-0051&language=EN> (дата обращения: 10.10.2021)

лект» включает любые искусственные системы, которые: выполняют задачи в меняющихся и непредсказуемых обстоятельствах без существенного контроля со стороны человека; или могут учиться на собственном опыте и улучшать производительность; или способны думать подобно человеку; или способны действовать подобно человеку (пройти тест Тьюринга или другой аналогичный тест); или стремятся выполнять познавательные задачи; или действуют рационально и достигают целей за счет восприятия, планирования, логических умозаключений, обучения, коммуникации, принятия решений и действия<sup>8</sup>.

Схожие критерии выдвигались и в российской доктрине. Например, В.В. Наумов и Е.В. Тытюк предложили следующие признаки искусственного интеллекта: предназначенность для обработки информации; способность анализировать информацию об окружающей среде; автономность в реализации алгоритма; способность без участия человека самообучаться в процессе своего исполнения [Наумов В.В., Тытюк Е.В., 2018: 533].

Данные критерии по сути характеризуют процесс принятия решения искусственным интеллектом, а не принципы функционирования самого субъекта. В то же время соответствие компьютерной системы этим критериям отнюдь не предопределяет качественных характеристик результатов интеллектуальной деятельности. Очевидно, при оценке охранных способностей результата интеллектуальной деятельности пользователь не может оценить процесс организации работы соответствующей вычислительной системы, поэтому для охраны результатов интеллектуальной деятельности искусственный интеллект следует рассматривать как «черный ящик», а оцениваться должен сам результат интеллектуальной деятельности.

В связи с этим важно определить критерии, которым должны соответствовать результаты интеллектуальной деятельности.

## **2. Общие подходы к закреплению прав на результаты интеллектуальной деятельности, созданных искусственным интеллектом**

Согласно п. 80 Постановления Пленума Верховного Суда от 23.04.2019 №10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» «Судам при разрешении вопроса об отнесении конкретного результата интеллектуальной деятельности к объектам авторского права следует учитывать, что по смыслу статей 1228, 1257 и 1259 ГК РФ в их взаимосвязи та-

---

<sup>8</sup> H.R.4625 — FUTURE of Artificial Intelligence Act of 2017, 115th Congress (2017–2018). Available at: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4625/text> (дата обращения: 10.10.2021)

ковым является только результат, созданный творческим трудом. При этом, пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом. Необходимо также принимать во внимание, что отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан нетворческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права. Творческий характер создания произведения не зависит от того, создано произведение автором собственноручно или с использованием технических средств. Вместе с тем результаты, созданные с помощью технических средств в отсутствие творческого характера деятельности человека (например, фото- и видеосъемка работающей в автоматическом режиме камерой видеонаблюдения, применяемой для фиксации административных правонарушений), объектами авторского права не являются».

Таким образом, в российской судебной практике в части определения охраноспособности произведений проводится грань между объектами, созданными человеком, и созданными техническим средством без участия человека. Такой подход распространен за рубежом; например, Бюро авторского права США регистрирует произведения, только если они созданы человеком<sup>9</sup>, а суды последовательно отвергают любые попытки признания прав на произведения, не созданные человеком (будь то животное<sup>10</sup> или дух святой<sup>11</sup> и т.д.). В ряде стран это определяется указанием на творческий характер деятельности по созданию произведения<sup>12</sup>, в других — прямо указывается, что автором может быть только человек<sup>13</sup>.

Акцент на творческом характере создания произведения делает невозможным (в рамках действующей в России модели) охрану произведений, созданных искусственным интеллектом, в связи с чем может встать вопрос о необходимости изменения установленных законом критериев охраноспособности подобной категории произведений. Такой подход объясняется значением, придаваемым критерию творческой деятельности.

Соответственно, если стоит задача расширить действие авторского права на произведения, созданные искусственным интеллектом, необходимо либо

---

<sup>9</sup> Compendium of U.S. Copyright Office Practices, 29.09.2017, no. 306. Available at: <https://www.copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrightable-authorship.pdf> (дата обращения: 10.10.2021)

<sup>10</sup> *Naruto v. Slater*, no. 16-15469 (9th Cir. 2018).

<sup>11</sup> U.S. Court of Appeal Ninth Circuit June 10, 1997, *Urantia Foundation v. Maaherra*, 114 F.3d 955, 963–964.

<sup>12</sup> Напр., ст. 2 Закона Японии об авторском праве (No 48, 1970) указывает, что охрана полагается только произведениям, которые творчески выражают мысли или эмоции.

<sup>13</sup> См., напр., ст. 7 Закона Германии об авторском и смежных правах (1965).

изменить подход к критерию творческой деятельности, например, за счет расширительного толкования этого критерия, что позволит распространить его и на продукты, созданные искусственным интеллектом, либо разделить подходы к определению охраноспособности произведений, созданных человеком и искусственным интеллектом. В связи с этим заметим, что вопрос критериев охраноспособности произведений не может быть оторван от определения субъекта права. Независимо от избранного подхода, выбор критериев, так же как и субъекта, определяется социальными целями введения правовой охраны произведений.

Эти цели лежат в нескольких плоскостях.

Основной целью охраны результатов интеллектуальной деятельности является стимулирование социально важной деятельности по созданию таких объектов. Это проявляется в выборе как субъекта права, так и условий охраны соответствующего объекта. Введение авторско-правовой охраны позволило поощрить авторов в создании новых произведений, ведь обычно, по крайней мере ныне, основной мотив человеческого поведения — максимизация своего материального благосостояния [Карапетов А.Г., 2016: 46]. В этом плане акцент на творчестве дает возможность усилить стимулирующий эффект за счет моральных факторов (признание лица автором), причем зачастую на первом плане у авторов стоит именно моральное поощрение, так как оно предполагает признание обществом неординарности лица, его особых качеств (таланта) и т.п.

Однако введение такой охраны призвано вознаградить автора не только и не столько из чувства благодарности или справедливости, а потому, что это стимулирует общественно важную деятельность указанных лиц.

С другой стороны, признание прав на результаты интеллектуальной деятельности стимулирует не только создание таких объектов, но и их раскрытие. Возможность извлечь выгоду из использования созданного результата интеллектуальной деятельности, способного к копированию, требует предоставления лицу монополии. Если законодатель не создает юридической монополии (исключительного права), то для автора необходимым становится поддержание фактической монополии и прежде всего — сохранение сути результата интеллектуальной деятельности в тайне. Но такое положение не соответствует целям права интеллектуальной собственности [Сесицкий Е.П., 2018: 133].

С экономической точки зрения закрепление права за субъектом необходимо для обеспечения экономического оборота, поскольку движение права возможно только при условии четкого определения первого обладателя этого права. Как писал В.А. Дозорцев, «творческий результат интеллектуальной деятельности носит следы личности автора. Поэтому и первоначальное имущественное право использования, имеющее своим основанием творческую

деятельность, привязывается именно к личности автора. И дело не только, а может быть не столько в защите интересов личности как таковой, сколько в обеспечении нормального функционирования экономического оборота. Поэтому авторство имеет значение прежде всего как основание возникновения имущественных прав, как первоначальная точка отсчета этих прав, оно является результатом индивидуализации первоначального правообладателя» [Дозорцев В.А., 2003: 145].

Тем более важна эта цель в странах общего права: «Признавая и используя факт, что закон поддерживает точку зрения, что автор создавал имущество, которое может получить финансовую ценность, появилась возможность смениться от частного к коммерческому патронажу» [Feather J., 2010: 364]. Так стимулируют потребление результатов интеллектуальной деятельности, их коммерческого использования, а уже через них — и создания таких объектов.

Независимо от того, к какой правовой системе относится то или иное государство, обе эти цели имеют существенное значение, хотя приоритеты законодателей различны. Так, в доктрине отмечалось: «Мы не ошибемся, если скажем, что в развитии современных законов об авторском праве экономические и социальные аргументы имеют больший вес в англо-американском праве, в то время как в странах континентального права аргументы естественного права и защита автора играют ведущую роль» [Garnett K., James J., Davies G., 1999: 29].

Имеет значение и такая цель, как распределение ответственности в рамках оборота прав. Однако она не играет ведущей роли, хотя и должна приниматься во внимание, что будет видно при рассмотрении такой модели, как закрепление прав на созданный объект за самим искусственным интеллектом.

Наконец, регулирование в указанной сфере может быть направлено и на снижение рисков. Хотя искусственный интеллект стал очень важен, с его применением связаны опасности. Искусственный интеллект потенциально способен породить серьезные проблемы для создания новых результатов интеллектуальной деятельности, поскольку автор-человек никогда не сможет конкурировать с автором-искусственным интеллектом в скорости и стоимости создания новых результатов интеллектуальной деятельности при его массовом применении (в особенности, в сферах, где нет высоких требований к художественной ценности создаваемого продукта). Если создаваемые объекты не будут охраняться, это усилит их использование обществом — в ущерб авторам-людям.

Указанная опасность может быть минимизирована заблаговременным введением режима охраны результатов интеллектуальной деятельности, создаваемых искусственным интеллектом, с установлением больших ограничений, чем для обычных прав автора на соответствующий результат интеллектуальной деятельности, в частности, по сроку, возможно, по объему

права, по случаям свободного использования. Хотя на данный момент указанная опасность имеет гипотетический характер, наиболее действенное ее решение путем введения ограниченного права возможно именно когда в законодательстве и практике отсутствует устоявшийся подход (например, в виде признания на такие объекты полноценных авторских прав).

Именно цели, стоящие перед законодателем, в итоге определяют, создание каких объектов будет стимулироваться за счет установления субъекта права и критериев охраноспособности объекта. Применительно к объектам авторского права в мире применяются многочисленные критерии охраноспособности, в частности, новизны, уникальности, оригинальности, индивидуальности произведения и т.д. Несмотря на их разнообразие, в целом они направлены с одной стороны на стимулирование создания результатов интеллектуальной деятельности, а с другой — на ограничение круга таких объектов. В связи с этим указания на «новизну» объектов было бы недостаточно. Если применительно к патентному праву проверка новизны нового объекта возможна, то в отношении объектов авторского права это трудно реализовать.

Но важнее, что общественная польза введения исключительного права перевешивает негативные последствия установления исключительного права (имеющего монопольный характер) только если речь идет о важных для общества результатах, которые не могут быть созданы любым человеком. Как отмечал В.И. Серебровский, для признания объекта произведением литературы, науки или искусства недостаточно его новизны, требуется еще, чтобы произведение явилось результатом творческой деятельности данного лица, иначе говоря, чтобы данный объект был создан не механически, не путем применения чистой техники [Серебровский В.И., 1956: 33].

Таким образом, критерий творческого характера деятельности фактически призван определить качественные характеристики произведения, выделяющие его из круга других результатов человеческой деятельности. Установить характер мыслительной деятельности человека пока возможно лишь по ее проявлениям, поэтому, говоря о творческом характере деятельности автора, мы имеем в виду ее отражение в созданном продукте, устанавливая тем самым характер деятельности человека.

Однако такая оценка созданного произведения является весьма трудным делом. Поэтому суды склонны применять при оценке произведения и другие критерии. В частности, Верховный Суд Российской Федерации в 2006 г. указал, что к объектам авторского права могут относиться произведения, которые могут использоваться самостоятельно, являются творческими и оригинальными<sup>14</sup>, Суд по интеллектуальным правам употреблял критерий

<sup>14</sup> П. 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2006 № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» (утратило силу).

уникальности<sup>15</sup>, а один из арбитражных судов — критерии оригинальности и новизны<sup>16</sup> и т.д.

Указанные критерии не имеют самостоятельного значения, они являются частными случаями проявления критерия творческой деятельности. По этой причине они могут применяться для облегчения оценки произведения, но не заменять критерий творческой деятельности. Поэтому Верховный Суд России в процитированном выше Постановлении Пленума указал, что само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права.

Критерий творческой деятельности применяется в странах континентальной системы права и даже в ряде стран общего права (США, Сингапуре). Однако ориентированность данного критерия на внутренние психологические процессы человека затрудняет его применение при оценке результатов интеллектуальной деятельности, созданных с помощью искусственного интеллекта. Даже если в качестве субъекта права будет избран человек (программист, пользователь и т.д.), это не устранил проблемы: трудно будет доказать, что подобное произведение является результатом творческого труда или хотя бы что создание такого произведения принципиально требует такого труда.

Однако сохранение качественной оценки созданных результатов интеллектуальной деятельности чрезвычайно важно, так как использование электронных систем способно привести к многократному увеличению количества создаваемых результатов интеллектуальной деятельности, подавляющее большинство которых может не иметь социальной ценности.

В то же время достижение тех же целей возможно и без трудоемкого процесса оценки мыслительной деятельности создавшего его лица. Примером является использование «качественного» критерия в патентном праве — критерия изобретательского уровня или его аналогов — «изобретательского шага», существенной новизны и т.д. Поэтому признаем, что в зависимости от выбора модели закрепления права на результат интеллектуальной деятельности, созданным искусственным интеллектом, потребуются корректировка критериев охраноспособности таких объектов в части их отрыва от мыслительного процесса человека.

---

<sup>15</sup> Постановление Суда по интеллектуальным правам от 25.08.2014 по делу № А12-18806/2013.

<sup>16</sup> Решение Арбитражного суда Свердловской области от 20.05.2016 по делу № А60-49303/2015.

### **3. Модели закрепления прав на результаты интеллектуальной деятельности, созданные искусственным интеллектом**

Назовем лиц, участвующих в создании результата интеллектуальной деятельности и могущих претендовать на закрепление прав на созданный объект. Это: лицо, разработавшее программу, лежащую в основе искусственного интеллекта; лицо, организовавшее функционирование искусственного интеллекта и создание тематики результатов интеллектуальной деятельности (и разновидность такого субъекта–инвестора); пользователь искусственного интеллекта; сам искусственный интеллект. Кроме того, возможны промежуточные модели: соавторство искусственного интеллекта и человека; фиктивное авторство.

Внимания заслуживает и вариант применения режима общественного достояния к результатам, созданным искусственным интеллектом (или даже полное исключение таких объектов из правовой охраны).

На данный момент нельзя утверждать, что какой-либо из отмеченных вариантов пользуется безоговорочной поддержкой; более того, в доктрине отмечается, что эти концепты «имеют положительные и отрицательные стороны, ни один из них нельзя назвать полностью подходящим или полностью некорректным, и полноценное воплощение в жизнь каждого из них потребует определенного (вплоть до глубинного) реформирования законодательства, в том числе об интеллектуальной собственности» [Морхат П.М., 2019: 240–241].

Рассмотрим эти варианты.

#### **3.1. Лицо, разработавшее искусственный интеллект**

Данный вариант выглядит простым в применении, поскольку он предполагает применение к созданным результатам интеллектуальной деятельности критериев правоспособности. Искусственный интеллект рассматривается как инструмент, используемый автором для создания новых результатов интеллектуальной деятельности, а такая модель известна праву. Такой вариант, например, был закреплен в проекте закона о внесении изменения в статью 1228 ГК РФ, внесенного в Государственную Думу депутатом А. Кобилевым<sup>17</sup>.

В то же время заметим, что автор искусственного интеллекта фактически предопределяет методы функционирования созданного им искусственного

<sup>17</sup> Available at: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4566144?query=%D0%9A%D0%BE%D0%B1%D0%B8%D0%BB%D0%B5%D0%B2> (дата обращения: 10.10.2021)

интеллекта, но не вносит вклада в результат. В связи с этим он не может рассматриваться как автор создаваемых искусственным интеллектом объектов, следовательно, мы будем иметь дело с принципиально новым подходом, при котором права автора будут распространяться на группу результатов интеллектуальной деятельности, которые он не создавал, а лишь подготовил инструмент пользователя.

Такая ситуация означает перенесение стимулирования с уровня результатов интеллектуальной деятельности на уровень создания искусственного интеллекта, т.е. автора будут поощрять создавать новые варианты искусственного интеллекта (с помощью которых будет создано возможно больше новых результатов интеллектуальной деятельности), но это никак не затрагивает создания самих новых результатов с возможно высокими качественными характеристиками, ведь автор уже не принимает участия в процессе применения искусственного интеллекта.

Это вызовет негативные последствия как для общества в целом, так и для лиц, использующих искусственный интеллект, поскольку они не получают прав на создаваемые в рамках своего бизнеса объекты. Ведь приобретатель программы обычно рассчитывает на наличие у него прав на продукцию, созданную с помощью программы, и действующая концепция авторского права подкрепляет его в этом.

С другой стороны, рассматриваемая модель неизбежно приведет к монополизации рынка, поскольку вместо закрепления прав за множеством конкурирующих лиц, использующих искусственный интеллект, права на огромное количество создаваемых объектов будут закрепляться за немногочисленными разработчиками искусственного интеллекта, лидирующими на рынке.

Напомним, что разработчик искусственного интеллекта уже получает вознаграждение от лиц, приобретающих права на разработанную им программу.

### **3.2. Лицо, организовавшее функционирование искусственного интеллекта и создание искусственным интеллектом результатов интеллектуальной деятельности**

Иная ситуация, по сравнению с рассмотренной в предыдущем пункте, видна при выдвигании на первый план фигуры лица, организовавшего создание результата интеллектуальной деятельности. Такое лицо может обладать соответствующей программой на различных основаниях — как обладатель исключительного права на программное обеспечение или лицензиат или лишь как владелец аппаратного обеспечения, на котором установлено программа, — это не имеет принципиального значения.

Обоснование прав такого лица может строиться на основе признания общественной полезности его деятельности и необходимости ее поощре-

ния. Так, французские юристы при подготовке заключения Международной ассоциации защиты интеллектуальной собственности<sup>18</sup> предлагали, что в случае охраны авторским правом объектов, созданных искусственным интеллектом, право на произведение следовало бы предоставить лицам, инициировавшим создание объекта, осуществлявшим руководство проектом и раскрывшим произведение. Перекликается с их мнением теория немецкого ученого Т. Кройцера, по которой охрана может быть предоставлена уже в силу того, что лицо выявило и предъявило обществу соответствующий объект («теория презентации»)<sup>19</sup>.

Однако попытка признать такое лицо автором не соответствует принципам авторского права, так что не зря данную теорию активно критикуют в Германии. Гораздо логичнее говорить не об авторском, а о более узком смежном праве, о предоставлении права организатору процесса создания объекта, подобно правам изготовителя фонограммы, организации эфирного или кабельного вещания и т.д. Именно в группе смежных прав и ищут место указанных объектов большинство исследователей в Германии.

Преимущества указанной модели: стимулирование создания новых результатов интеллектуальной деятельности и возможность владельца приобретенного программного обеспечения эффективно осуществлять его коммерческую эксплуатацию. В то же время при такой модели права на созданные объекты будут возникать непосредственно у организатора процесса, а не физического лица, который работает с помощью искусственного интеллекта. Это означает отсутствие у физического лица мотивации творческой деятельности. В свете расширения возможностей искусственного интеллекта оператор обычно будет выполнять технические функции и его деятельность вряд ли будет творческой. Принципиально возникающая ситуация не отличается от иных случаев, когда закон предусматривает непосредственное возникновение прав у организатора соответствующей деятельности, например, у изготовителя базы данных или фонограммы, умалчивая об операторах, вводящих данные в систему.

Данная модель реализуется в ряде стран — в Великобритании (где она закреплена законом) и США (на уровне судебной практики), признается в Новой Зеландии [Selvadurai N., Matulionyte R., 2020: 536–543]. Зачастую фактически проводится аналогия со служебными отношениями, где искусственный интеллект занимает место работника компании. При этом учитывается, что работодатель может контролировать создание работником

<sup>18</sup> Available at: [https://www.aippi.dk/wp-content/uploads/2019/11/Resolution\\_Copyright\\_in\\_artificially\\_generated\\_works\\_English.pdf](https://www.aippi.dk/wp-content/uploads/2019/11/Resolution_Copyright_in_artificially_generated_works_English.pdf) (дата обращения: 10.10.2021)

<sup>19</sup> Available at: [https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783845212197.pdf?download\\_full\\_pdf=1](https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783845212197.pdf?download_full_pdf=1) (дата обращения: 23.10.2021)

результата интеллектуальной деятельности и выбор используемых средств [Jaszi P., 1992: 34].

В Великобритании Закон об авторских правах и патентах (1988) установил, что произведения, созданные компьютером, могут получать авторско-правовую охрану даже в обстоятельствах отсутствия автора-человека<sup>20</sup> — произведение будет считаться созданным лицом, которое осуществило необходимые приготовления к созданию произведения<sup>21</sup>. Выдвинуты трактовки этой нормы. Так, Д. Вейвер считает, что Закон создал фигуру «фиктивного автора», причина чего не имеет ничего общего с поощрением творчества человека, но полностью имеет в виду защиту продукта инвестиций от недобросовестных действий и присвоения [Vaver D., 1994: 162]. По мнению других авторов, эта норма Закона столь широка, что охватывает лицо, управляющее компьютером, а также лицо, предоставившее или запрограммировавшее компьютер [Bently L., Sherman B., 2004: 117]. Однако к таковым не следует относить лиц, выполняющих технические функции (т.е., например, пользователей, вводящих данные в память устройства); следовательно, на первый план вновь выйдет процесс организации работы.

Безусловно, роль организатора в создании результата интеллектуальной деятельности становится определяющей и с точки зрения общественного прогресса заслуживающей стимулирования. Однако для полноценной реализации этой модели целесообразно введение в законодательство специального регулирования, например, в категории смежных прав. Это также позволит за счет установления разных режимов разграничить деятельность человека и функционирование искусственного интеллекта и соответственно минимизировать риск «инфляции» ценности результатов интеллектуальной деятельности ввиду того, что искусственный интеллект может массово производить такие продукты.

Но, может быть, правильнее сделать акцент на инвестициях, а не на организационной деятельности и признавать права за лицом, инвестировавшим в разработку соответствующего результата интеллектуальной деятельности? Такая модель реализована, например, в отношении изготовителя баз данных, поэтому делались предложения и применительно к указанным объектам выдвинуть на первый план фигуру инвестора<sup>22</sup>.

Однако закон связывает понятие изготовителя базы данных прежде всего с организационными усилиями (так, п. 1 ст. 1333 ГК РФ определяет, что «изготовителем базы данных признается лицо, организовавшее создание базы данных и работу по сбору, обработке и расположению составляющих

---

<sup>20</sup> Study question. AIPPI 2019. Copyright in artificially generated works. Zurich, 2019. P. 9, 178.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid. P. 13, 18.

ее материалов»), а критерий инвестиций применяется к базе данных, а не к деятельности изготовителя базы данных. Иными словами, на первом плане стоит именно организационная деятельность лица и охраняется не инвестор (например, лицо, выделившее средства), а обеспечивший создание базы данных. Менее отчетливо это положение выражено в Директиве ЕС от 11.03.1996 №96/9/ЕС «О правовой охране баз данных», но и там, согласно п. 1 ст. 7, охраняется «создатель базы данных».

Таким образом, выдвигать фигуру «инвестора» в отрыве от выполнения им организационной функции нецелесообразно. Это понятно, так как определяющим для успеха создания подобного продукта является именно организация его создания.

Другой вопрос — имеет ли смысл указание для результатов, созданных искусственным интеллектом, на размер инвестиций как на дополнительный критерий охраноспособности? Вероятно, в отличие от баз данных, в отношении иных объектов авторского права дополнительно ограничивать охрану объектов, в которые не было сделано существенных инвестиций, нет смысла, так как искусственный интеллект может использоваться в самых разнообразных сферах, и не всегда инвестиции будут иметь решающее значение.

### **3.3. Пользователь искусственного интеллекта**

Так именуют лицо, в результате непосредственных действий которого запускается соответствующая задача и определяются параметры ее выполнения. Это, очевидно, дает ему возможность претендовать на права в отношении созданного результата.

Более того, в юрисдикциях, не требующих существенного творческого вклада в создание произведения (как, например, в Великобритании в силу доктрины «в поте лица»), отбора и доработки произведений, созданных компьютером, может хватить для признания творчества [Samuelson P., 1986: 1185, 1204]. В судебной практике США имеется опыт признания «квази-имущественных прав» (the Quasi-Property Treatment) даже при отсутствии творческого вклада в создание объекта — например, в ситуации с «горячими» новостями [Yu R., 2017: 1266–1268]. Предложения о признании правообладателем пользователя искусственного интеллекта, есть и в российской доктрине [Назаров Н., 2020: 61].

Однако роль такого пользователя может варьироваться от активного влияния на создаваемый результат интеллектуальной деятельности, до чисто механического введения параметров в систему. Внешне деятельность пользователя выражается в одних и тех же действиях (например, запуск процесса), но ключевым является осознание пользователем ожидаемого результата; только имея характеристики такого результата можно говорить о

творческой деятельности лица. При наличии в деятельности пользователя творческой составляющей он будет признаваться автором и в рамках нынешнего законодательства.

Таким образом проблемной является ситуация выполнения пользователем именно технической работы. Однако и тогда признание прав данного лица на созданные объекты не окажет на него стимулирующего воздействия — в силу характера работы пользователь будет делать то, что поручит руководитель.

Безусловно, положительный эффект последует в отношении деятельности работодателя такого пользователя. Работодатель получит права от своих работников, поскольку соответствующие объекты созданы в рамках служебных отношений, — и получение прав на созданные объекты будет стимулировать его активнее использовать искусственный интеллект и добиваться более высокого качества полученных продуктов. Но так как в силу технического характера работы первоначальное закрепление прав за тем или иным сотрудником будет иметь случайный характер, введение данного усложнения совершенно излишне. В связи с этим данный вариант не имеет преимуществ по сравнению с моделью, рассмотренной в предыдущем пункте. В то же время он может негативно сказываться на деятельности пользователя, поощряя его искать такие программы, которые все сделают за него, а не самостоятельно создавать новые результаты интеллектуальной деятельности [Perri M., Margoni T., 2010: 626]. Вряд ли это в интересах общества.

### **3.4. Искусственный интеллект**

В целом в доктрине сложилось негативное отношение к идее наделяния правами на результаты интеллектуальной деятельности самого искусственного интеллекта. Дело, конечно, не только и не столько в том, что, как указывают некоторые авторы, компьютер не будет в состоянии защитить права или дать их другим лицам по договору [Solum L.B., 1992]. Принципиально отсутствие человека не является препятствием в закреплении права за определенной юридической сущностью — примером может быть хотя бы институт юридических лиц. Однако это требует признания правосубъектности за таким лицом, что нуждается в серьезном обосновании. Возникновение подобных субъектов в истории права определялось необходимостью ограничения ответственности в ходе коммерческой деятельности, что могло бы стать обоснованием и в данном случае, поскольку деятельность искусственного интеллекта может причинять убытки другим лицам. Так, А. Морриги видит основное препятствие к признанию прав за искусственным интеллектом именно в невозможности возложить на него ответственность<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Available at: [https://www.4ipcouncil.com/application/files/9615/1638/1031/The\\_Role\\_of\\_Intellectual\\_Property\\_in\\_the\\_Intelligence\\_Explosion.pdf](https://www.4ipcouncil.com/application/files/9615/1638/1031/The_Role_of_Intellectual_Property_in_the_Intelligence_Explosion.pdf) (дата обращения: 23.10.2021)

В то же время признание ответственности субъекта предполагает его имущественную базу, иначе такой субъект будут использовать для ухода от ответственности лица, владеющие искусственным интеллектом. Соответственно признание ответственности искусственного интеллекта за деятельность неизбежно означает и возможность вести эту деятельность от своего имени, и получать доходы от нее. Однако не ясно, какие преимущества даст введение в систему права такой категории субъекта права, как искусственный интеллект, при сохранении института юридического лица. Как минимум на данном этапе это осложнит систему права, но положительного результата не даст.

Очевидно, что искусственный интеллект пока не нуждается в поощрении, поэтому признание его прав не будет стимулировать разработку и внедрение новых результатов интеллектуальной деятельности. В связи с этим данная модель сейчас не привлекает серьезного внимания исследователей. Но ситуация может измениться в будущем.

### **3.5. Соавторство искусственного интеллекта и человека**

В качестве варианта, обеспечивающего стимулирование широкого круга лиц, вовлеченных в создание результатов интеллектуальной деятельности, может рассматриваться институт соавторства, например, в виде признания соавторами программиста и пользователя. Так, сформулирован тезис, что разработчик программного обеспечения, способного к самообучению, и пользователь этой программы, могут рассматриваться в качестве соавторов и при отсутствии непосредственного сотрудничества при создании соответствующего объекта<sup>24</sup>.

Однако преимущества этой модели — только внешние, поскольку она объединяет недостатки рассмотренных выше моделей: стимулирует заимствование чужих продуктов пользователем, вклад которого в создание произведения часто ничтожен [Kumar S., Lavery N.] и образование монополий разработчиков искусственного интеллекта (за счет распространения прав на созданные искусственным интеллектом продукты). Кроме того, такая конструкция не будет соответствовать сложившемуся в авторском праве регулированию соавторства, требующему совместной творческой деятельности лиц для признания соавторства.

Заслуживает внимания вариант соавторства пользователя (например, осуществляющего творческую деятельность) и искусственного интеллекта.

---

<sup>24</sup> Levy v. Rutley (1871). Available at: <https://swarb.co.uk/levy-v-rutley-ccp-1871/>; Hodgens v. Beekingham (2003). Available at: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7a460d03e7f57eb0ad1> (дата обращения: 09.02.2021)

Так, например, департамент технической оценки законопроектов Конгресса США в 1986 г. выступил с критикой взгляда на компьютеры как на пассивные инструменты и отметил, что возрастающая сложность компьютерных программ и интерактивный характер вычислений повышает вероятность признания в некоторых случаях компьютеров соавторами человека<sup>25</sup>.

Однако преимущества такого подхода не очевидны. Деятельность человека и искусственного интеллекта не может оцениваться на основе одинаковых подходов хотя бы из-за принципиальной разницы в ее организации; поэтому установление связки прав человека и искусственного интеллекта может привести к серьезному усложнению правовых конструкций при том, что искусственный интеллект в поощрении не нуждается (по крайней мере пока).

### **3.6. Фиктивное авторство**

Учитывая требования наличия у охраноспособного произведения автора, присутствующее в законодательстве большинства стран, возможным способом решения проблемы в рамках действующего законодательства является условное определение лица, за которым желательно закрепить статус автора. Примером является законодательство Великобритании, где организатор создания произведения фактически признан его автором. Причина этого не имеет ничего общего с поощрением творчества человека, но полностью имеет в виду защиту продукта инвестиций от недобросовестных действий и присвоения [Vaver D., 1994: 162]. Схожий подход реализован в Новой Зеландии.

Особым вариантом данной модели является концепция, развитая Т. Батлером [Butler T., 1982: 744–745] и предполагающая установление судом фиктивного авторства на основе определения основного вклада в создание произведения. Но данная модель, не определяющая концептуально, за кем закрепляется право, дает лишь преимущество в сохранении привычной схемы с наличием у результата интеллектуальной деятельности автора. Пожалуй, проще будет ввести самостоятельный режим охраны в рамках смежного права без привязки к статусу автора.

### **3.7. Исключение из сферы охраны / общественное достояние**

Обоснованием лишения охраны результатов интеллектуальной деятельности, созданных искусственным интеллектом, является отсутствие творче-

---

<sup>25</sup> US Congress. Office of Technology Assessment. Intellectual Property Rights in an Age of Electronics and Information. Wash., 1986. P. 72.

ского характера (в принятом на данный момент понимании) у деятельности искусственного интеллекта. Как в России, так и во многих других странах охрана полагается только результатам интеллектуальной деятельности, созданным человеком. Поскольку искусственный интеллект не нуждается в поощрении, предполагается, что можно сразу разрешать свободное использование созданных искусственным интеллектом объектов.

Разновидностью этой позиции является распространение на объекты, созданные искусственным интеллектом, режима общественного достояния. Так, например, Бюро авторского права США указывало, что произведения, создание которых не осуществлялось человеком, не являются объектами авторского права, а входят в сферу общественного достояния<sup>26</sup>.

Но режим общественного достояния не означает полного исключения объекта из сферы правового регулирования. Более того, он прямо предполагает соблюдение ряда правил использования объекта (например, указание имени автора, запрет внесения изменений в произведение и т.д.). Как правило, этот режим применяется к результатам интеллектуальной деятельности, исключительное право на которые прекратилось, однако не исключено нахождение в этом режиме объектов, которые никогда не охранялись (п. 1 ст. 1337 ГК РФ; р. 313.6(D) сборника практики Бюро авторского права США<sup>27</sup>).

Смысл введения режима общественного достояния вместо полного исключения произведения из-под охраны в том, чтобы сохранить ограниченный контроль общества над использованием результата интеллектуальной деятельности. Но в отношении искусственного интеллекта это требует закрепления законом условий использования таких объектов — ведь необходимо соблюдение интересов иных лиц, вовлеченных в создание этого объекта, или авторов произведений, использованных при его создании.

Главная же проблема введения этой модели заключается в устранении стимулирования применения искусственного интеллекта в разработке новых результатов интеллектуальной деятельности. С одной стороны это не дает владельцу искусственного интеллекта экономически полноценно эксплуатировать созданные объекты, а с другой — побуждают его скрывать использование искусственного интеллекта, выдвигать на первый план фигуру фиктивного автора.

Широкое применение искусственного интеллекта создает опасность вытеснения человека из творческой сферы и создания новых монополий (уже

---

<sup>26</sup> Compendium of U.S. Copyright Office Practices, § 313.2 (December 22, 2014). Available at: <https://copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrightable-authorship.pdf> (дата обращения: 02.02.2021)

<sup>27</sup> Available at: <https://www.copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrightable-authorship.pdf> (дата обращения: 29.07.2020)

фактических) на рынке интеллектуальной собственности у лиц, создающих искусственный интеллект или использующих его. Перевод результатов интеллектуальной деятельности, созданных искусственным интеллектом, в режим общественного достояния, не решит эту проблему, но лишь обострит ее, так как лица, использующие искусственный интеллект, будут маскировать его активное использование указанием физических лиц, лишь формально участвующих в создании результата интеллектуальной деятельности.

Необходимо не упускать из виду и экономическое значение применения механизма общественного достояния. Интересна модель, разработанная профессором университета Сан-Диего А. Раи. Он выделяет четыре категории общественно значимых издержек, связанных с созданием и развитием интеллектуальной собственности: затраты труда и капитала на разработку соответствующего объекта, кроме расходов на передачу прав («чистые затраты на разработку»); затраты на передачу права («транзакционные издержки»); издержки, обусловленные снижением стимулов к ведению соответствующей творческой деятельности в случае, если базовые исследования контролируются одним правообладателем («издержки творчества»); затраты на формулирование исследования, в результате которого создан данный результат («издержки на изобретение»). В зависимости от соотношения этих четырех видов издержек можно определить, насколько оправданным будет включение соответствующих объектов в сферу общественного достояния. А. Раи находит обоснованным применяемый в ряде университетов США подход, поощряющий приватизацию результата интеллектуальной деятельности, если транзакционные издержки и издержки творчества низки, и препятствующий такой приватизации, если указанные издержки высоки [Rai A.K., 1999: 136, 145]. При этом размер «чистых затрат на разработку» и «издержек на изобретение» нужно определять исходя из необходимости возмещения затрат.

Например, если университет разработал революционное изобретение в сфере медицины, как правило, будут высокими расходы на разработку и транзакционные издержки (чтобы компенсировать затраты на создание), а также «издержки творчества» (патент может мешать развитию целого направления науки). Поэтому для общества вполне обосновано распространение на такую разработку режима общественного достояния.

Попробуем применить этот подход к результатам интеллектуальной деятельности, созданным искусственным интеллектом. Чистые затраты на разработку будут средними на начальном этапе применения искусственного интеллекта и значительно снизятся в дальнейшем, так как искусственный интеллект способен быстро производить большое количество результатов. Транзакционные издержки будут небольшими — один и тот же результат может быть лицензирован ряду пользователей при сравнительно неболь-

ших расходах. «Издержки творчества» зависят от характера созданного результата, но в сфере авторского права в большинстве случаев они будут небольшими ввиду отсутствия препятствий для создания аналогичных объектов другими лицами. Не будут большими и «издержки на изобретение».

Очевидно, что, исходя из этой модели, применение режима общественного достояния к результатам интеллектуальной деятельности, созданным искусственным интеллектом, не приведет к снижению общественно значимых издержек, но лишь ограничит инициативы его применения.

## **Заключение**

Анализ рассмотренных моделей показывает, что при всем их многообразии лишь некоторые могут обеспечить стимулирование создания и использование новых результатов интеллектуальной деятельности, из которых наиболее перспективным является вариант с закреплением права на результат, созданный искусственным интеллектом, за организатором соответствующего процесса.

Права, которые могут быть закреплены на результаты интеллектуальной деятельности, созданные с использованием искусственного интеллекта, должны быть более ограниченными, чем традиционные исключительные права автора, при обеспечении интересов авторов-людей.

В этом случае любое лицо, профессионально занимающееся производством интеллектуальной собственности, будет иметь выбор: с меньшими расходами создать результат интеллектуальной деятельности за счет использования искусственного интеллекта, но получить относительно ограниченное право на не очень протяженный срок — или же платить автору-человеку за создание объекта больше, но и приобрести права на более длительный срок. Возможно, что со временем для потребителей будет иметь значение создание результата интеллектуальной деятельности именно человеком (подобно тому, как сейчас ценятся изделия, сделанные индивидуально, вручную и т.д.).

В связи с этим целесообразно и введение обязанности указывать на использование искусственного интеллекта при создании результата интеллектуальной деятельности. Потребитель сможет самостоятельно оценить, предпочитает ли он читать книгу или смотреть кинофильм, созданный человеком или программой.

Вводить в число субъектов права искусственный интеллект в данный момент не имеет смысла. Наиболее перспективно закрепление прав за организатором использования искусственного интеллекта для создания результатов интеллектуальной деятельности. Однако такая модель не является чем-то принципиально новым для права интеллектуальной собственности — на-

зовем хотя бы права изготовителя фонограмм, организации эфирного или кабельного вещания, изготовителя базы данных. Таким образом появление искусственного интеллекта в сфере интеллектуальной собственности требует не кардинальной перестройки всего правового регулирования, но лишь поступательного развития в рамках существующих моделей.

---



### Список источников

1. Дозорцев В.А. Право на фильм как сложное многослойное произведение / Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М.: Статут, 2003. С. 144–179.
2. Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. 528 с.
3. Морхат П.М. Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: дис... д. ю. н. М., 2019. 420 с.
4. Назаров Н. Признание авторства на результаты интеллектуальной деятельности, созданные искусственным интеллектом // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2020. N 3. С. 53–62.
5. Наумов В.Б., Тютюк Е.В. К вопросу о правовом статусе «творчества» искусственного интеллекта // Правоведение. 2018. Т. 62. N 3. С. 531–540.
6. Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М.: Издательство Академии наук СССР, 1956. 283 с.
7. Сесицкий Е.П. Проблемы правовой охраны результатов, создаваемых системами искусственного интеллекта. Дис... к. ю. н. М., 2018. 218 с.
8. Bently L., Sherman B. Intellectual Property Law. Oxford: University Press, 2004, 1131 p.
9. Butler T. Can Computer be an Author — Copyright Aspects of AI. Hastings Comm & Ent., 1982, no. 4, pp. 707–747.
10. Feather J. Significance of Copyright History. In: Privilege and Property. Essays on History of Copyright. Cambridge: Open Book Publishers, 2010, pp. 359–367.
11. Garnett K., James J., Davies G. Copinger and Skone James on Copyright. London: Sweet & Maxwell, 1999, 1225 p.
12. Jaszi P. The Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity. Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 1992, no. 2, pp. 293–320.
13. Perri M., Margoni T. From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-Generated Works? Computer Law and Security Review, 2010, no. 6, pp. 621–629.
14. Prange D., Lawson A. Re-Evaluating Companies' AI Protection Strategies. Managing Intellectual Property, 2018, vol. 2, pp. 35–38.
15. Rai A.K. Regulating Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science. Northwestern University Law Review, 1999, no. 1, pp. 77–152.
16. Samuelson P. Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works. University of Pittsburgh Law Review, 1986, no. 47, pp. 1185–1204.
17. Searle J. Minds, Brains, and Programs. The Behavioral and Brain Sciences, 1980, vol. 3, no. 3, pp. 417–457.
18. Selvadurai N., Matulionyte R. Reconsidering Creativity: Copyright Protection for Works Generated Using AI. Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2020, vol. 15, no. 7, pp. 536–543.

19. Solum L.B. Legal Personhood for Artificial Intelligences. *North Carolina Law Review*, 1992, vol. 70, no. 4, pp. 1231–1287.
20. Vaver D. Translation and Copyright: A Canadian Focus. *European Intellectual Property Review*, 1994, no. 4, pp. 159–166.
21. Yu R. The Machine Author: What Level of Copyright Protection is Appropriate For Fully Independent Computer-Generated Works? *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, vol. 165, pp. 1266–1268.



## References

1. Bently L., Sherman B. (2004) *Intellectual Property Law*. Oxford: University Press, 1131 p.
2. Butler T. (1982) Can Computer be an Author. Copyright Aspects of AI. *Hastings Comm & Ent.*, no. 4, pp. 707–747.
3. Dozortcev V.A. (2003) Copyright for Film as Complex Multi-Word Composition. In: *Intellectual Copyright. Term. System. Codification*. Moscow: Statut, pp. 143–170 (in Russ.)
4. Feather J. (2010) The Significance of Copyright History. In: *Privilege and Property. Essays on History of Copyright*. Cambridge: Open Book Publishers, pp. 359–368.
5. Garnett K., James J., Davies G. (1999) *Copinger and Skone James on Copyright*. London: Sweet & Maxwell, 1225 p.
6. Jaszi P. (1992) On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity. *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, no. 2, pp. 293–320.
7. Karapetov A.G. (2016) *Economic Analysis of Law*. Moscow: Statut, 528 p. (in Russ.)
8. Morhat P.M. (2019) AI in Sphere of Intellectual Property Law. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 420 p. (in Russ.)
9. Naumov V.B., Tituk E.V. (2018) Legal Status of AI Creativity. *Pravovedeniye =Legal Studies*, no. 3, pp. 531–540 (in Russ.)
10. Nazarov N. (2020) Recognizing Authorship for Results of Intellectual Works Created by AI. *Intellectualnaya sobstvennost, avtorskoye parvo i smezhnyye prava=Intellectual Property, Copyright and Adjacent Rights*, no. 3, pp. 53–62 (in Russ.)
11. Perri M., Margoni T. (2010) From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-Generated Works? *Computer Law and Security Review*, no. 6, pp. 621–629.
12. Prange D., Lawson A. (2018) Re-Evaluating Companies' AI Protection Strategies. *Managing Intellectual Property*, vol. 2, pp. 35–38.
13. Rai A.K. (1999) Regulating Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science. *Northwestern University Law Review*, no.1, pp. 77–152.
14. Samuelson P. (1986) Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works. *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 47, pp. 1185–1204.
15. Searle J. (1980) Minds, Brains and Programs. *The Behavioral and Brain Sciences*, no. 3, pp. 417–457.
16. Selvadurai N., Matulionyte R. (2020) Copyright Protection for Works Generated Using AI. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, no. 7, pp. 536–543.
17. Serebrovskiy V.I. (1956) *Aspects of Soviet Copyright*. Moscow: Akademia nauk, 283 p. (in Russ.)
18. Sesitskiy E.P. (2018) Legal Protection of Results Created by AI. Candidate of Legal Sciences Thesis. Moscow, 218 p. (in Russ.)
19. Solum L. (1992) Legal Personhood for Artificial Intelligences. *North Carolina Law Review*, vol. 70, no. 4, pp. 1231–1287.

20. Vaver D. (1994) Translation and Copyright: A Canadian Focus. *European Intellectual Property Review*, no. 4, pp. 159–166.

21. Yu.R. (2017) The Machine Author: What Level of Copyright Protection is Appropriate For Fully Independent Computer-Generated Works? *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, pp. 1266–1268.

---

**Данные об авторе:**

В.О. Калятин — профессор, кандидат юридических наук.

**Information about the author:**

V.O. Kalyatin — Professor, Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 24.05.2021; одобрена после рецензирования 15.09.2021; принята к публикации 28.02.2022.

The article was submitted to editorial office 24.05.2021; approved after reviewing 15.09.2021; accepted for publication 28.02.2022.

Научная статья

УДК 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.51.70

# Специальный субъект в составах злоупотреблений и подкупа в сфере государственных и муниципальных закупок



**Шамиль Мурадович Шурпаев**

Санкт-Петербургский юридический институт (филиал Университета прокуратуры Российской Федерации), Россия 191104, Санкт-Петербург, Литейный проспект, 44, s.shurpaev@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3080-1418>



## Аннотация

В статье исследуются концептуальные проблемы законодательного подхода к описанию признаков исполнителя злоупотреблений и подкупа в сфере закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд. Актуальность исследования связана с проблемами в определении уголовно-правового статуса отдельных служащих государственного (муниципального) заказчика ввиду выбранного законодателем подхода к конструированию новых составов преступлений коррупционной направленности (ст. 200.<sup>4</sup>, 200.<sup>5</sup> УК РФ) в части описания признаков специального субъекта. Цель исследования — определить особенности законодательной конструкции новелл уголовного законодательства Российской Федерации об уголовной ответственности за преступления коррупционной направленности в сфере закупок на государственные и муниципальные нужды, а также провести анализ уголовно-правового статуса отдельных служащих государственного (муниципального) заказчика. При подготовке статьи изучены результаты исследований широкого круга российских и зарубежных ученых; в статье, кроме научно-правовой, использованы источники статистической информации. Для достижения поставленной в исследовании цели использованы методы: анализа, синтеза, индукции, дедукции, формально-юридический, сравнительно-правовой. В исследовании охарактеризованы концептуальные особенности законодательного подхода при описании признаков специального субъекта составов злоупотреблений и подкупа в сфере закупок. Определены недостатки подхода законодателя к описанию признаков специального субъекта злоупотреблений и подкупа в сфере закупок: необоснованно широкий круг специальных исполнителей злоупотреблений и получения незаконного вознаграждения в сфере закупок; избыточная бланкетизация норм в части описания

признаков специального субъекта; неоправданная казуистичность при описании признаков специального субъекта. Определен уголовно-правой статус контрактных управляющих, членов комиссии по осуществлению закупок и лиц, осуществляющих приемку поставленных товаров, выполненных работ или оказанных услуг. Сделан вывод, что несогласованность в науке уголовного права и возможные проблемы правоприменения в связи с определением уголовно-правового статуса адресатов новых уголовно-правовых запретов обусловлены прежде всего избранным законодателем подходом к отражению признаков специального субъекта преступлений, предусмотренных ст. 200.<sup>4</sup> и 200.<sup>5</sup> УК РФ.

---



### Ключевые слова

уголовно-правовой статус, государственный заказчик, муниципальный заказчик, служащие заказчика, должностные лица, преступления коррупционной направленности.

---

**Для цитирования:** Шурпаев Ш.М. Специальный субъект в составах злоупотреблений и подкупа в сфере государственных и муниципальных закупок // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4. С. 51–70. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.51.70.

*Research article*

## Issues of Legislator Approach to Features of a Special Subject in Corpus Delicti of Abuse and Bribery in the Public Procurement



**Shamil M. Shurpaev**

St. Petersburg Law Institute, branch, University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation, 44 Liteyniy Prospekt, Saint Petersburg 191104, Russia, s.shurpaev@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6810-395X>



### Abstract

The relevance of the study is associated with the existing problems in determining the criminal legal status of individual employees of the state (municipal) customer in view of the approach chosen by the legislator to the design of new corpus delicti of corruption (Articles 200.<sup>4</sup>, 200.<sup>5</sup> of the Criminal Code of the Russian Federation) in terms of describing the characteristics of a special subject. The objective of the study is to determine the features of the legislative structure of the novels of the criminal legislation of the Russian Federation on criminal liability for committing corruption-related crimes in the field of procurement to meet state and municipal needs (hereinafter referred to as the field of procurement), as well as to analyze the criminal legal status of individual employees of the state (municipal) customer. When preparing the article, the results of research of a wide range of Russian and foreign scientists were taken into account; in the article, in addition to research and legal information, sources of statistical information were used. To achieve the objective set in the study, the following methods were used: analysis, synthesis, induction, deduction, formal-legal, comparative-legal. The study

characterizes the conceptual features of the legislative approach to describe the features of a special subject in the corpus delicti of abuse and bribery in the field of procurement. The disadvantages of the approach chosen by the legislator to describe the features of a special subject in the corpus delicti of abuse and bribery in the field of procurement have been identified: an unreasonably wide range of special perpetrators of abuse and receipt of the subject of bribery in the field of procurement; excessive formalization of norms in terms of describing the features of a special subject; unreasonable casuistry. The criminal legal status of contract managers, members of the procurement commission and persons accepting the supplied goods, work performed or services rendered was determined. It was concluded that inconsistency in the science of criminal law and possible problems of law enforcement in connection with the definition of the criminal legal status of the addressees of new criminal legal prohibitions are primarily due to the approach chosen by the legislator to reflect the features of a special subject of crimes provided for by Art. 200.<sup>4</sup> and 200.<sup>5</sup> of the Criminal Code of the Russian Federation.



### Keywords

criminal legal status; state customer; municipal customer; employees of the customer; officials; corruption-related crimes.

**For citation:** Shurpaev S.M. (2022) Issues of Legislator Approach to Features of a Special Subject in Corpus Delicti of Abuse and Bribery in the Public Procurement. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 51–70 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.51.70.

## Введение

Роль сферы закупок товаров, работ и услуг на государственные и муниципальные нужды (далее — сфера закупок) определяется степенью и характером влияния данной сферы на экономическое развитие. Государственные закупки, выступая одним из ключевых инструментов фискальной политики государства, формируют основной блок механизмов минимизации отдельных «провалов рынка» [Alhola K., Ryding S. et al., 2019: 97]; [Iannone F., Testa F. et al., 2019: 149–150], используются для развития малого и среднего предпринимательства [Akenroye T. et al., 2020: 857–888]; [Hoekman B., Taş B., 2020: 383–402], определяют предпосылки инновационного развития национальной экономики. Высокая подверженность сферы государственных и муниципальных закупок коррупционным проявлениям является главным препятствием к полноценному использованию всех преимуществ данного фискального инструмента государственной экономической политики.

Широкое распространение коррупционных проявлений в сфере закупок — общепризнанная проблема, о чем свидетельствуют результаты исследований российских [Аристархов А.Л. и др., 2016: 49–51] и зарубежных ученых [Ferwerda J., Deleanu I. et al., 2017: 246]; [Mutangili S., 2019: 36–37]. В многообразии механизмов совершения коррупционных преступлений

в сфере закупок [Dastidar K., Mukherjee D., 2014: 122–124]; [Gottschalk P., Smith C., 2016: 427–429]; [Giorgiantonio C., Decarolis F., 2020: 2]; [Williams-Elegbe S., 2018: 131–136] ключевую преступную роль в силу объема полномочий и выполняемых функций играют представители заказчика. Не зря, например, в одной из публикаций Организации экономического сотрудничества и развития, посвященной антикоррупционной политике в сфере публичных закупок в различных странах, большая часть систематизированных для данной сферы коррупционных рисков приходится на предварительную и непосредственно тендерную фазы закупочного процесса<sup>1</sup> — именно на данных этапах абсолютное большинство функций выполняется представителями стороны заказчика. Названная особенность коррупционных проявлений в сфере закупок положена в основу последних законодотворческих тенденций в российской уголовно-правовой политике противодействия коррупции в рассматриваемой сфере.

Новый вектор новеллизации уголовного законодательства России в части установления специальных запретов на нарушения нормального порядка осуществления закупок справедливо связывают как со стремлением законодателя идти в ногу с зарубежными трендами антикоррупционной политики [Семькина О.И., 2018: 166], так и с рядом внутренних объективных причин. Федеральным законом от 23.04.2018 № 99-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» Особенная часть Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) дополнена ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ (Злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд) и ст. 200.<sup>5</sup> УК РФ (Подкуп работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии). Избранный законодателем подход к описанию признаков специального субъекта злоупотреблений и подкупа в сфере закупок, характеризующийся казуистичностью, избыточной бланкетностью и другими недостатками, неизбежно повлечет за собой проблемы с применением новых норм. Это требует осмысления и поиска возможных путей решения будущих проблем.

Одна из основных проблем, которые встанут при уголовно-правовой оценке указанных преступлений, состоит в том, что в части описания специальных субъектов преступления нормы носят бланкетный характер. Это следует учитывать при разграничении преступлений, предусмотренных ст. 200.<sup>4</sup> и 200.<sup>5</sup> УК РФ, и должностных преступлений коррупционной направленности (главным образом предусмотренных ст. 285, 286 и 290 УК РФ). Относительная новизна новых норм и не отработанная практика их при-

---

<sup>1</sup> OECD. Preventing Corruption in Public Procurement 2016. Available at: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf> (дата обращения: 19.12.2021)

менения определили фрагментарность научного осмысления рассматриваемой проблемы.

Выявленные проблемы в исследованиях, посвященных анализу указанных уголовно-правовых норм, условно разделим на две группы: связанные с качеством юридической техники и концептуальными недостатками законодательской составляющей уголовно-правовой политики противодействия коррупционной преступности в сфере закупок; посвященные перспективам применения новых норм.

В рамках первой группы проблем авторы указывают на недостатки законодательной конструкции составов злоупотреблений [Любый И.А., 2019: 14–17]; [Любый И.А., 2020 (а): 35–37]; [Сердюк А.Ю., 2020: 390–391, 397] и подкупа [Бавсун М.В., Борков В.Н., 2018: 90–94]; [Чекмезова Е.И., 2018: 454–455] в сфере закупок; приводят аргументы о нецелесообразности размещения данных норм в гл. 22 УК РФ [Борков В.Н., 2018: 31]; [Соловьев О.Г., Князьков А.А., 2020: 71–72]; [Шуба Е.С., 2020: 14–15], в том числе в контексте действенности уголовно-правовой политики противодействия коррупционной преступности в сфере закупок.

В научных публикациях, посвященных перспективам применения новых норм, рассматриваются такие проблемы как отграничение преступлений, ответственность за которые предусмотрена ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ от других преступлений, прежде всего хищений [Грузинская Е.И., Рудаков А.Е., 2020: 76]; [Панфилов И.П., 2020: 46–48]; [Черняков С.А., Цуркин В.С., 2019: 45]; отграничение злоупотреблений и подкупа в сфере закупок от смежных преступлений и административных правонарушений [Аснис А.Я., 2018: 37, 39–40]; проблемы квалификации по субъективным [Любый И.А., 2020 (b): 27–29] и объективным [Абрамкин А.Д., 2021 (b): 53–56]; [Перов В.А., 2021: 70–73] признакам составов рассматриваемых преступлений. Проблемы избранного законодателем подхода к конструированию признаков специального субъекта преступлений, предусмотренных ст. 200.<sup>4</sup> и 200.<sup>5</sup> УК РФ, уголовно-правового статуса каждой категории специальных субъектов злоупотреблений и подкупа в сфере закупок не получили должного освещения на комплексной основе. При этом в большинстве исследований прямо или косвенно ученые приходят к выводу о недостатках избранного законодателем подхода к описанию признаков специального субъекта злоупотреблений и подкупа в сфере закупок.

Целью исследования являются анализ и обобщение особенностей законодательной конструкции новелл отечественного законодательства об уголовной ответственности за совершение преступлений коррупционной направленности в сфере закупок, а также изучение уголовно-правового статуса отдельных служащих государственного (муниципального) заказчика. Достижение данной цели потребовало решения частных задач: анализа

концептуальных недостатков выбранного законодателем подхода к описанию признаков специального субъекта преступлений, предусмотренных ст. 200.<sup>4</sup>, 200.<sup>5</sup> УК РФ; анализа признаков некоторых категорий специальных субъектов злоупотреблений и подкупа в сфере закупок, выявления возможных проблем, связанных с квалификацией преступлений коррупционной направленности в сфере закупок. В качестве методов исследования избраны общенаучные и частно-научные методы познания, в том числе методы: анализа, синтеза, индукции, дедукции, формально-юридический, сравнительно-правовой.

## **1. Концептуальные особенности законодательного подхода к описанию признаков специальных субъектов преступлений в ст. 200.<sup>4</sup> и 200.<sup>5</sup> УК РФ**

Признаки специального субъекта закреплены в ст. 200.<sup>4</sup> и ч. 4–6 ст. 200.<sup>5</sup> УК РФ. Диспозиция ст. 200.<sup>4</sup> и ч. 4–6 ст. 200.<sup>5</sup> УК РФ сформулирована по типу диспозиции с альтернативными признаками субъектами преступления. Исполнителями преступлений, предусмотренных ст. 200.<sup>4</sup> и ч. 4–6 ст. 200.<sup>5</sup> УК РФ являются: работник контрактной службы; контрактный управляющий; член комиссии по осуществлению закупок; лицо, осуществляющее приемку поставленных товаров, выполненных работ или оказанных услуг; иное уполномоченное лицо, представляющее интересы заказчика в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд.

Для отграничения вышеперечисленных субъектов от должностных лиц и «управленцев» законодатель в конструкции ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ использует два негативных признака: субъекты данных преступлений: «не являются должностными лицами» и «не являются лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческой или иной организации», соответственно. Избыточность исключения из круга исполнителей злоупотреблений в сфере закупок «управленцев» уже отмечалась в доктрине [Борков В.Н., 2018: 29], и с этим следует согласиться.

Диспозиция ч. 4–6 ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ также содержит негативный признак, направленный на отграничение подкупа в сфере закупок от коммерческого подкупа (ст. 204) и получения взятки (ст. 290), но он распространяется на все элементы состава разграничиваемых преступлений: «при отсутствии признаков преступлений, предусмотренных частями пятой — восьмой статьи 204 и статьей 290 настоящего Кодекса». В данном случае также излишняя исключаящая ссылка на ч. 5–8 ст. 204 и ст. 290 УК РФ. Субъекты преступления, предусмотренного ст. 204 УК РФ, не могут выступать участниками контрактных отношений, на которых распространяются уголовно-правовые запреты ст. 200.<sup>4</sup> и 200.<sup>5</sup> УК РФ и точнее — представителями заказчика,

выполняющего функции в соответствии с предписаниями Федерального закона от 5.04. 2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон № 44-ФЗ).

Трудно предположить, по какой причине название ст. 200.<sup>5</sup> УК РФ сформулировано только через три категории специальных субъектов (работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии по осуществлению закупок). Как было отмечено, получить предмет подкупа за совершение «встречных» коррупционных действий в связи с закупкой товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд могут, в соответствии с действующей редакцией диспозиции ч. 4–6 ст. 200.<sup>5</sup> УК РФ, не три, а пять категорий специальных субъектов.

Таким образом, выделяются следующие концептуальные особенности и недостатки подхода законодателя к описанию признаков специальных субъектов преступлений, предусмотренных ст. 200.<sup>4</sup> и ч. 4–6 ст. 200.<sup>5</sup> УК РФ:

Диспозиции ст. 200.<sup>4</sup> и ч. 4–6 ст. 200.<sup>5</sup> УК РФ сформулированы по типу диспозиции с альтернативными признаками субъекта преступления.

Особенности контрактных отношений и широкий круг их участников предопределили громоздкость изложения в части описания признаков субъекта рассматриваемых норм. С точки зрения логики законодателя, для наиболее полного адресного охвата запретов, установленных ст. 200.<sup>4</sup>, 200.<sup>5</sup> УК РФ, потребовалось включить в конструкцию рассматриваемых составов преступлений по крайней мере пять категорий исполнителей. Это привело к тому, что, к примеру, в диспозиции ч. 1 ст. 200.<sup>4</sup> специальным субъектам преступления посвящено 54 слова. При этом рекомендованная норма восприятия составляет 7–8 слов [Иванчин А.В., 2012: 84].

В связи с этим недостаточно обоснованным выглядит предложение о расширении круга субъектов злоупотреблений в сфере закупок путем дополнения ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ такими субъектами, как работник оператора электронной площадки и работник оператора специализированной электронной площадки [Гудков А.П., 2018: 95]. Нарушения законодательства о контрактной системе в сфере закупок вышеуказанными лицами действительно не исключаются, что актуально в условиях перехода закупок в цифровую среду. Но только лишь риск и вероятность (при этом не имеющие количественного выражения, а существующие лишь в форме предположений авторов вышеуказанного предложения) возможного распространения злоупотреблений не могут считаться достаточными основаниями дополнительной «профильной» криминализации в сфере закупок — это противоречит существующим научным принципам криминализации [Лопашенко Н.А., 2014: 143–155].

Другой недостаток — избыточная бланкетизация уголовно-правовых норм в части описания признаков субъекта. Данная особенность избранно-

го законодателем подхода в совокупности с охарактеризованными выше, по сути, опосредовала казуистичность при описании признаков специального субъекта злоупотреблений и подкупа в сфере публичных закупок.

Название анализируемых статей уголовного законодательства создает дополнительные поводы для непродуктивных дискуссий и ошибочных выводов. Так, в качестве обобщающего нарушения контрактного законодательства в названии ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ использовано слово «злоупотребления». Принимая во внимание субъектный состав злоупотреблений в сфере закупок и, несмотря на включение законодателем в диспозицию рассматриваемой нормы негативных признаков, направленных на отграничение данных преступлений от должностных, неизбежны некорректные устремления субъектов квалификации к смещению уголовно-правовой оценки в пользу выбора ст. 285 УК РФ.

Далее, принимая во внимание наименование отдельных исполнителей и содержание их полномочий, наиболее заметные дискуссии в научной литературе возникли вокруг таких субъектов как: контрактные управляющие; члены комиссии; лица, осуществляющие приемку поставленных товаров, выполненных работ или оказанных услуг. В существующих исследованиях нет единства относительно уголовно-правового статуса данных лиц при совершении ими преступлений в связи с использованием служебных возможностей по службе в сфере закупок.

Изменения в интерпретационных актах высшей судебной инстанции (в частности, в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) от 16.10.2009 №19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» (изменения от 11.06.2020, касающиеся разъяснений о признаках субъективной стороны злоупотреблений в сфере закупок) и Постановление Пленума ВС РФ от 24.12. 2019 № 59 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» (изменения от 24.12.2019, не содержащие разъяснений об уголовно-правовом статусе специальных субъектов подкупа в сфере закупок) не разрешили проблемы определения уголовно-правового статуса «спорных» категорий специальных субъектов преступлений, предусмотренных ст. 200.<sup>4</sup> и ч. 4–6 ст. 200.<sup>5</sup> УК РФ.

Одновременное наличие в законодательной конструкции составов злоупотреблений и подкупа в сфере закупок указанных ранее негативных признаков в некоторых случаях разграничения преступлений коррупционной направленности, совершаемых в сфере закупок, по признакам специального субъекта только усилило неопределенность. Таким образом, имеет место повышенный риск квалификационных ошибок при уголовно-правовой оценке злоупотреблений и подкупа в сфере закупок, что требует научного осмысления уголовно-правового статуса перечисленных выше субъектов.

## 2. Уголовно-правовой статус контрактных управляющих

Анализ литературы позволяет сделать вывод, что одним из наиболее дискуссионных вопросов является уголовно-правовой статус контрактных управляющих. В ч. 2 ст. 38 Закона № 44-ФЗ (в ред. от 11.06.2022) указывается, что контрактный управляющий является «должностным лицом, ответственным за осуществление закупки или нескольких закупок, включая исполнение каждого контракта». Отраслевой статус контрактного управляющего может дезориентировать как ученых, так и правоприменителя, поскольку из анализа содержания полномочий рассматриваемых участников контрактных отношений следует, что контрактные управляющие не являются должностными лицами в уголовно-правовом смысле.

На основе анализа типичных нарушений, совершаемых контрактными управляющими в сфере закупок, анализа положений уголовного законодательства, законодательства о контрактной системе, разъяснений высшей судебной инстанции некоторые авторы приходят к выводу о «коллизии в определении статуса, обязанностей и функций контрактного управляющего» [Абрамкин А.Д., 2021 (а): 35], верно отмечая, что противоречия могут снизить качество квалификации правонарушений, совершаемых контрактными управляющими в сфере закупок.

Согласно одному из распространенных подходов, деяния контрактных управляющих должны квалифицироваться по нормам гл. 23 или гл. 30 УК РФ в силу того, что, по мнению сторонников такого подхода, они обладают организационно-распорядительными и административно-хозяйственными полномочиями. Например, А.В. Быков полагает, что «ответственные лица, представляющие интересы государственных или муниципальных заказчиков, а также лиц, исполняющих государственные или муниципальные контракты, в силу исполняемых обязанностей уже приобретают организационно-распорядительные и административно-хозяйственные функции» [Быков А.В., 2018: 38]. Вывод ученого основан на прямом указании на статус контрактного управляющего в ч. 2 ст. 38 Закона № 44-ФЗ.

Схожего подхода придерживается Ю.И. Кулешов, который полагает, что руководители контрактной службы и контрактные управляющие «априори являются должностными лицами» [Кулешов Ю.И., 2018: 83]. По мнению автора, это связано с наличием у таких лиц в подчинении работников контрактной службы, или по признаку осуществления организационно-распорядительных полномочий.

По мнению В.И. Гладких, руководители контрактной службы, председатели конкурсных комиссий обладают управленческими функциями в силу функциональных обязанностей, возложенных на них, в связи с чем, по мне-

нию исследователя, преступные деяния данной категории субъектов не подлежат квалификации по ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ [Гладких В.И., 2019: 52–53]. В связи с этим В.И. Гладких полагает, что квалификация нарушений законодательства о закупках контрактными управляющими должна охватываться ст. 201 УК РФ. С этим также нельзя согласиться — контрактные управляющие не обладают ни признаками «управленцев», указанных в прим. 1 к ст. 204 УК РФ, ни признаками должностных лиц, указанных в прим. 1 к ст. 285 УК РФ. Квалификация злоупотреблений в сфере закупок контрактных управляющих по ст. 204 УК РФ невозможна, во-первых, в силу сферы применения Закона № 44-ФЗ; во-вторых (что напрямую следует из предмета регулирования данного Закона), данные субъекты в соответствии с его ст. 3.3 выступают служащими заказчиков — государственных, муниципальных и иных. Также отметим, что по п. 7 ч. 1 ст. 3 данного Закона к заказчикам, кроме государственных и муниципальных, отнесены такие виды коммерческих организаций, как государственные и унитарные предприятия. Однако нарушения законодательства о контрактной системе в сфере закупок, совершенные служащими таких организаций, после изменений, внесенных в примечание 1 к ст. 285 УК РФ в 2015 г., не подлежат квалификации по нормам гл. 23 УК РФ.

Квалификационные ошибки, связанные с неправильным определением уголовно-правового статуса контрактных управляющих, при совершении ими злоупотреблений в сфере закупок или получения незаконного вознаграждения за «встречные» действия в связи с закупкой товаров, работ или услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд могут повлечь существенные негативные правовые и социальные последствия. Одно из основных негативных правовых последствий неправильной оценки деяний коррупционной направленности, совершенных контрактным управляющим, — ухудшение положения данного лица вследствие квалификации деяния по норме о более тяжком преступлении, вменения виновному более опасного состава преступления. Санкции норм о должностных преступлениях (главным образом, предусмотренных ст. 285, 286 и 290 УК РФ), которые некоторыми исследователями рассматриваются в качестве смежных составов злоупотреблений и подкупа в сфере закупок, в основном строже в сравнении с видами и сроками (размерами) наказаний, предусмотренных санкциями ст. 200.<sup>4</sup>, 200.<sup>5</sup> УК РФ. Не удивительно, что в судебной практике по делам о преступлениях коррупционной направленности в сфере закупок наблюдается и «зеркальная» ситуация, когда защитники просят суды переqualифицировать коррупционные деяния осужденных, получившие оценку как совершенные должностными лицами, на менее тяжкие, предусмотренные нормами рассматриваемых статей гл. 22 УК РФ<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> См., напр.: Кассационное определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 16.03.2021 № 77-661/2021 // СПС КонсультантПлюс.

Решающее значение при разграничении признаков должностных лиц и контрактных управляющих имеет наличие или отсутствие организационно-распорядительных полномочий в отношении совершения действий (бездействия) именно в сфере закупок.

В постановлении Пленума ВС РФ от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий», в котором раскрыто содержание организационно-распорядительных функций, выделено два их вида: функции руководства коллективом и связанные с принятием решений, имеющих юридическое значение и влекущих юридические последствия. Если лицо обладает полномочиями принятия юридически значимых решений, влекущих правовые последствия, которые заключаются в установлении, изменении или прекращении прав и обязанностей, то это лицо является должностным.

Согласно ст. 38 Закона № 44-ФЗ на заказчиков, совокупный годовой объем закупок которых превышает 100 млн. руб. возложена обязанность создания контрактных служб (создание специального структурного подразделения при этом не является обязательным). Если совокупный объем закупок заказчика не превышает 100 млн. руб., а контрактная служба не создана, заказчик назначает должностное лицо — контрактного управляющего (ч. 1, 2 ст. 38 названного Закона).

Контрактные службы создаются в соответствии с Типовым положением (регламентом) о контрактной службе, утвержденным федеральным органом исполнительной власти по регулированию контрактной системы в сфере закупок. Если контрактная служба создается как отдельное подразделение, ее возглавляет руководитель структурного подразделения, назначаемый на должность приказом руководителя заказчика либо уполномоченного лица, исполняющего его обязанности. Контрактную службу, которая создается без образования отдельного подразделения, возглавляет руководитель заказчика или один из заместителей руководителя заказчика.

В первом случае руководитель контрактной службы при формировании организационной структуры определяет должностные обязанности и персональную ответственность работников контрактной службы, распределяя определенные Положением функциональные обязанности между указанными работниками, что свидетельствует о наделении руководителя контрактной службы организационно-распорядительными полномочиями в отношении организации труда подчиненных. Кроме того, руководитель контрактной службы руководит деятельностью службы по организации заключения и исполнения контрактов.

Между тем функциональные обязанности контрактной службы и ее руководителя в сфере закупок не связаны с принятием юридически значимых решений, влекущих правовые последствия, что следует из содержания этих

функций, определенных в Приказе Минфина России от 31.07.2020 № 158н «Об утверждении Типового положения (регламента) о контрактной службе». Эти обязанности имеют хотя и организационный, но не организационно-распорядительный характер, и они относятся к сугубо профессиональной деятельности.

В постановлении Пленума ВС РФ от 09.07.2013 № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» обращено внимание на то, что не образует состава получения взятки принятие должностным лицом незаконного вознаграждения за совершение действий (бездействие), хотя и связанных с исполнением его профессиональных обязанностей, но при этом не относящихся к полномочиям представителя власти, организационно-распорядительным либо административно-хозяйственным функциям. По этой причине нарушение законодательства о контрактной системе в сфере закупок при осуществлении профессиональной деятельности, не связанной с принятием юридически значимых решений, а также получение незаконного вознаграждения за такую деятельность должны квалифицироваться соответственно по ст. 200.<sup>4</sup> или 200.<sup>5</sup> УК РФ. При этом уголовно-правовой статус руководителя контрактной службы может измениться, например, когда такое лицо возглавило закупочную комиссию либо назначено членом такой комиссии.

Из вышесказанного следует, что не только должность в государственном или муниципальном органе (организации) придает лицу статус должностного, но и содержание функций, им осуществляемых. Отраслевой правовой статус контрактного управляющего не может распространяться на уголовно-правовые отношения только в силу использования в иной отрасли права термина «должностное лицо» — требуется принимать во внимание содержание полномочий рассматриваемого субъекта.

Остается согласиться с позицией исследователей, что при совершении подкупа в сфере закупок виновный получает незаконное вознаграждение за технические действия [Бавсун М.В., Борков В.Н., 2018: 91]. Таким образом, функции контрактного управляющего в сфере закупок имеют организационный и технический характер, но не организационно-распорядительный.

### **3. Уголовно-правовой статус членов комиссии по осуществлению закупок и лиц, осуществляющих приемку поставленных товаров, выполненных работ или оказанных услуг**

В соответствии с ч. 1 ст. 39 Закона № 44-ФЗ заказчики для определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), за исключением неконкурентных закупок, создают комиссию по осуществлению закупок. Анализ полно-

мочий соответствующих комиссий приводит к выводу, что в их полномочия входит принятие юридически значимых решений. Так, члены закупочной комиссии при проведении закрытого конкурса «рассматривают поступившие заявки на участие в закупке и в отношении каждой такой заявки принимают решение о признании заявки на участие в закупке соответствующей документации о закупке или об отклонении заявки на участие в закупке» (п. 1 ч. 10 ст. 73 Закона № 44-ФЗ). По п. 2 ч. 10 ст. 73 данного Закона заказчик составляет протокол подведения итогов определения поставщика (подрядчика, исполнителя), который подписывают все члены комиссии. По результатам закрытого конкурса заключается контракт.

Таким образом, каждый из членов конкурсной комиссии обладает полномочиями, которые иначе как организационно-распорядительными назвать нельзя, поскольку они имеют юридическое значение и влекут определенные юридические последствия. Аналогичная ситуация имеет место и относительно полномочий членов других комиссий по осуществлению закупок (ст. 48, 49, 50, 74, 75, 76 Закона № 44-ФЗ (в ред. от 11.06. 2022)).

В связи с этим верно квалифицированы действия председателя комиссии государственного заказчика, признанного как должностное лицо виновным в получении незаконного вознаграждения за «встречные» действия в пользу исполнителя работ по государственному контракту<sup>3</sup>.

Лица, осуществляющие приемку поставленных товаров, выполненных работ или оказанных услуг. В соответствии с ч. 1 ст. 94 Закона № 44-ФЗ приемка поставленного товара, выполненной работы (ее результатов), оказанной услуги, а также отдельных этапов поставки товара, выполнения работы, оказания услуги, предусмотренных контрактом, включая экспертизу поставленного товара, результатов выполненной работы, оказанной услуги, а также отдельных этапов исполнения контракта относится к комплексу мер по исполнению контракта.

Приемка результатов контракта может быть осуществлена заказчиком (должностным лицом заказчика) либо приемочной комиссией, когда необходимо коллегиальное решение. Например, если для приемки необходимы специалисты разного профиля, объект закупки отличается технической сложностью или высокой стоимостью. По результатам приемки товара, если она прошла успешно, оформляется документ о приемке, который подписывается заказчиком (в случае создания приемочной комиссии подписывается всеми членами приемочной комиссии и утверждается заказчиком). При отказе от приемки товара поставщику направляется мотивированный отказ (ч. 7 ст. 94 Закона № 44-ФЗ).

---

<sup>3</sup> Апелляционное определение Верховного Суда Российской Федерации от 9 сентября 2013 г. № 86-АПУ13-7 // СПС КонсультантПлюс.

Таким образом, приемка товаров, сопровождающаяся оформлением соответствующего документа, относится к действиям, влекущим правовые последствия, а лица, осуществляющие указанное действие, наделены организационно-распорядительными полномочиями, т.е. относятся к должностным. Утверждение приемочного документа заказчиком (руководителем организации — заказчика) не означает отсутствия у членов комиссии организационно-распорядительных функций, поскольку их подписи являются столь же обязательными, как и утверждение документа руководителем.

## **Заключение**

Несогласованность в науке уголовного права и аналогичные риски правоприменения при определении уголовно-правового статуса служащих заказчика обусловлены прежде всего подходом законодателя к отражению признаков специального субъекта преступлений, предусмотренных ст. 200.<sup>4</sup> и 200.<sup>5</sup> УК РФ. Использование в названии ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ слово «злоупотребления» применительно к публичным закупкам (т.е. создание условий для «рефлекторного», «непроизвольного» сравнения данной нормы при доктринальной и легальной квалификации коррупционных деяний в сфере закупок со ст. 285 УК РФ) становится поводом для непродуктивных дискуссий, приведших исследователей, по крайней мере, к спорным выводам. Необоснованное помещение ст.ст. 200.<sup>4</sup>, 200.<sup>5</sup> УК РФ в гл. 22 УК РФ; использование в диспозиции данных норм при описании специального субъекта признаков, требующих разграничения данных деяний с преступлениями, предусмотренными гл. 30 УК РФ, также относится к дополнительным рискам неправильного применения уголовного закона. Допущенная законодателем при описании признаков исполнителя данных преступлений необязательная казуистичность станет другим препятствием правильной оценки коррупционных деяний, совершаемых в сфере закупок.

Диспозиции статей уголовного законодательства, вошедших в предмет настоящего исследования, являются бланкетными, в том числе в части описания признаков исполнителя злоупотреблений и подкупа в сфере закупок. В связи с этим при определении признаков каждого субъекта следует обращаться к нормативной правовой базе, определяющей права и обязанности лиц и, основываясь на содержании их полномочий, устанавливать уголовно-правовой статус представителей заказчика.

Анализ содержания функций некоторых исполнителей злоупотреблений и подкупа в сфере закупок позволяет прийти к выводу, что в качестве таковых указаны лица, обладающие признаками должностных. К ним, в частности, относятся члены комиссии по осуществлению закупок, принимающие юридически значимые решения, а также лица, осуществляющие приемку

поставленных товаров, выполненных работ или оказанных услуг. При злоупотреблении должностными полномочиями, их превышении, получении взятки такие лица должны нести ответственность за преступления, предусмотренные гл. 30 УК РФ (как правило, по ст. 285, 286 или 290 УК РФ).

Анализ содержания полномочий контрактного управляющего позволил сделать вывод, что такие лица не являются должностными при выполнении функций, связанных с обеспечением государственных и муниципальных нужд. Исключением будет совмещение функций руководства контрактной службой должностным лицом (руководителем) заказчика.

Таким образом, требуется совершенствование уголовного законодательства в части изменения содержания норм, устанавливающих ответственность за злоупотребления и подкуп в сфере закупок. Приоритетными направлениями здесь являются изменения, связанные с описанием признаков специального субъекта рассматриваемых преступлений, в том числе, связанными с отказом от казуистичности при описании специального субъекта и соответствующей «компактизации» законодательной конструкции составов злоупотреблений и подкупа в сфере закупок.



#### **Список источников**

1. Абрамкин А.Д. (а) Контрактный управляющий как субъект совершения преступления, предусмотренного статьей 200<sup>4</sup> Уголовного Кодекса Российской Федерации // Вестник Краснодарского университета МВД России. 2021. № 3 (53). С. 32–36.
2. Абрамкин А.Д. (б) Ущерб как признак состава злоупотреблений в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2021. № 3. С. 52–57.
3. Аристархов А.Л. и др. Криминологическая характеристика «откатов» в современной России. М.: Юрлитинформ, 2016. 246 с.
4. Аснис А.Я. Новеллы УК об ответственности за злоупотребления в сфере публичных закупок: предыстория и проблемы квалификации // Российское конкурентное право и экономика. 2018. № 4. С. 34–43.
5. Бавсун М.В., Борков В.Н. Новые уголовно-правовые меры охраны отношений в сфере закупок для государственных нужд // Современное право. 2018. № 9. С. 90–94.
6. Борков В.Н. Злоупотребление в сфере закупок (ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ) и мошенничество // Уголовное право. 2018. № 4. С. 29–32.
7. Быков А.В. Отдельные проблемы криминализации коррупционных деяний, совершаемых в сфере служебных отношений (размышления о ст. 200.<sup>4</sup>, 200.<sup>5</sup> УК РФ) / Служебные преступления: вопросы теории и практики правоприменения: сборник материалов. Хабаровск: Юрист, 2018. С. 34–41.
8. Гладких В.И. Злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд (ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ): теоретический анализ // Российская юстиция. 2019. № 3. С. 51–54.

9. Грузинская Е.И., Рудаков А.Е. Злоупотребление в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд (ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ): анализ признаков состава преступления // Российский правовой журнал. 2020. №1. С. 74–77.
10. Гудков А.П. Злоупотребления в сфере публичных закупок (статья 200.<sup>4</sup> УК РФ): достоинства и недостатки законодательной новеллы // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Экономика и право. 2018. № 11. С. 93–97.
11. Иванчин А.В. Проблемы гармонизации внешнего оформления норм о преступлениях в сфере экономической деятельности / Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели: материалы VII Российского конгресса уголовного права. М.: Проспект, 2012. С. 80–88.
12. Кулешов Ю.И. Субъекты служебных преступлений: проблемные вопросы толкования с учетом действующего уголовного законодательства / Служебные преступления: вопросы теории и практики правоприменения: сборник материалов. Хабаровск: Юрист, 2018. С. 81–86.
13. Лопашенко Н.А. Анализ принципов криминализации на примере криминализации преступлений в сфере экономической деятельности / Современные проблемы уголовной политики. Краснодар: КрУ МВД России, 2014. С. 143–155.
14. Любый И.А. (а) Дефекты состава преступления, предусмотренного ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ // Администратор суда. 2020. № 4. С. 35–37.
15. Любый И.А. К вопросу о сущности общественно опасных последствий при злоупотреблении в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ) // Военно-юридический журнал. 2019. № 10. С. 14–17.
16. Любый И.А. (б) Проблемные вопросы субъективного состава ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ // Российская юстиция. 2020. № 2. С. 27–29.
17. Панфилов И.П. Соотношение злоупотреблений полномочиями в сфере закупок с другими посягательствами на государственную собственность // Инновационная экономика и право. 2020. № 1. С. 46–48.
18. Перов В.А. Особенности квалификации действий лиц, осуществляющих злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд // Расследование преступлений: проблемы и пути их решения. 2021. № 1. С. 70–73.
19. Семькина О.И. Криминализация финансово-хозяйственных отношений в сфере государственных закупок (компаративистский анализ) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 3 (70). С. 161–170.
20. Сердюк А.Ю. Злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для государственных или муниципальных нужд: признаки объективной стороны преступления, предусмотренного ст. 200.<sup>4</sup> УК РФ // Эпомен. 2020. № 41. С. 387–399.
21. Соловьев О.Г., Князьков А.А. К вопросу об отдельных дефектах конструкции состава преступления о подкупе работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии по осуществлению закупок (ст. 200.<sup>5</sup> УК РФ) // Российский правовой журнал. 2020. № 1. С. 70–73.
22. Чекмезова Е.И. Некоторые вопросы применения норм об уголовной ответственности за подкуп работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии по осуществлению закупок // Вестник Омской юридической академии. 2018. № 4. С. 453–455.

23. Черняков С.А., Цуркин В.С. Особенности квалификации злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России. 2019. №2. С. 44–47.
24. Шуба Е.С. Подкуп работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии по осуществлению закупок // Актуальные вопросы борьбы с преступлениями. 2020. № 2. С. 13–16.
25. Akenroye T., Owens J. et al. Dynamic capabilities for SME participation in public procurement. *Business Process Management Journal*, 2020, vol. 26, no. 4, pp. 857–888.
26. Alhola K., Ryding S. et al. Exploiting Potential of Public Procurement: Opportunities for Circular Economy. *Journal of Industrial Ecology*, 2019, vol. 23, pp. 96–109.
27. Dastidar K. Mukherjee D. Corruption in delegated public procurement auctions. *European Journal of Political Economy*, 2014, vol. 35, pp. 122–127.
28. Ferwerda J., Deleanu I., Unger B. Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2017, vol. 23, no. 2, pp. 245–267.
29. Giorgiantonio C., Decarolis F. Corruption Red Flags in Public Procurement: New Evidence from Italian Calls for Tenders. *Bank of Italy Occasional Paper*, 2020, no. 544, pp. 1–36.
30. Gottschalk P., Smith C. Detection of white-collar corruption in public procurement in Norway: The role of whistleblowers. *International Journal of Procurement Management*, 2016, vol. 9, no. 4, pp. 427–443.
31. Hoekman B., Taş B. Procurement policy and SME participation in public purchasing. *Small Business Economics*, 2020, no. 4, pp. 383–402.
32. Iannone F., Testa F. et al. The role of Green Public Procurement in circular economy policies: An international comparison. *Economics and Policy of Energy and the Environment*, 2019, vol. 2, pp. 149–170.
33. Kuatova A.S. Corruption crimes in public procurement in the Republic of Kazakhstan. *Middle East Journal of Scientific Research*, 2013, vol. 17, no. 10, pp. 1419–1424.
34. Mutangili S. Role of e-procurement practices in fighting fraud and corruption in public procurement. *Journal of Procurement & Supply Chain*, 2019, vol. 3, no. 2, pp. 36–47.
35. Williams-Elegbe S. Systemic corruption and public procurement in developing countries: are there any solutions? *Journal of Public Procurement*, 2018, vol. 18, no. 2, pp. 131–147.



## References

1. Abramkin A.D. (2021) (a) Contract manager as a subject of committing the crime under Art. 200.<sup>4</sup> of the Criminal Code of the Russian Federation. *Vestnik Krasnodarskogo universiteta MVD Rossii*=Krasnodar University of Internal Ministry Bulletin, no. 3, pp. 32–35 (in Russ.)
2. Abramkin A.D. (2021) (b) Damage as a sign of corpus delicti in the procurement of goods, works and services ensuring state or municipal needs. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD Rossii*=Internal Ministry Saint Petersburg University Bulletin, no. 3, pp. 52–57 (in Russ.)

3. Akenroye T., Owens J. et al. (2020) Dynamic capabilities for SME participation in public procurement. *Business Process Management Journal*, vol. 26, no. 4, pp. 857–888. DOI: <https://doi.org/10.1108/BPMJ-10-2019-0447>
4. Alhola K., Ryding S. et al. (2019) Exploiting Potential of Public Procurement: Opportunities for Circular Economy. *Journal of Industrial Ecology*, vol. 23, pp. 96–109. DOI: <https://doi.org/10.1111/jiec.12770>
5. Aristarkhov A.L. et al. (2016) Criminological characteristics of “kickbacks” in modern Russia. Moscow: Yurlitinform, 246 p. (in Russ.)
6. Asnis A.Y. (2018) Novels of the Criminal Code on responsibility for abuses in public procurement: background and qualification. *Rossiyskoe konkurentnoe pravo i ekonomika*=Russian Competition Law and Economy, no. 4, pp. 34–43 (in Russ.) DOI: <https://doi.org/10.32686/2542-0259-2018-4-34-43>
7. Bavsun M.V., Borkov V.N. (2018) New criminal law measures for protect of relations in the sphere of government procurement. *Sovremennoe pravo*=Modern Law, no. 9, pp. 90–94 (in Russ.)
8. Borkov V.N. (2018) Abuses in the sphere of procurements (Article 200<sup>4</sup> of the Criminal Code) and fraud. *Ugolovnoe pravo*=Criminal Law, no. 4, pp. 29–32 (in Russ.)
9. Bykov A.V. (2018) Criminalization of corruption acts committed in the field of official relations (reflections on Articles 200.<sup>4</sup>, 200.<sup>5</sup> of the Russian Criminal Code. In: Official Crimes: a collection of papers. Khabarovsk: Jurist, pp. 34–41 (in Russ.)
10. Chekmezova E.I. (2018) Application of criminal responsibility rules for the schedule of the worker of the contract service, the contract manager, the member of the purchasing commission. *Vestnik Omskoi juridicheskoi akademii*=Omsk Law Academy Bulletin, no. 4, pp. 453–455 (in Russ.)
11. Chernyakov S.A., Tsurkin, V.S. (2019) Features of qualification of abuse in the field of procurement of goods, works and services for state or municipal needs. *Vestnik Kaliningradskogo filiala Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD Rossii* = Internal Ministry Saint Petersburg, Kaliningrad branch Bulletin, no. 2, pp. 44–47 (in Russ.)
12. Dastidar K., Mukherjee D. (2014) Corruption in delegated public procurement auctions. *European Journal of Political Economy*, vol. 35, pp. 122–127. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ejpoleco.2014.05.003>
13. Ferwerda J., Deleanu I., Unger B. (2017) Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators. *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 23, no. 2, pp. 245–267. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10610-016-9312-3>
14. Giorgiantonio C., Decarolis F. (2020) Corruption red flags in public procurement: new evidence from Italian calls for tenders. *Bank of Italy Occasional Paper*, no. 544, 36 p. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3612661>
15. Gladkikh V.I. (2019) Abuses in the sphere of procurement of goods, works and services for state or municipal needs (Article 200.<sup>4</sup> of the Criminal Code): theoretical analysis. *Rossiyskaia justiciia*=Russian Justice, no. 3, pp. 51–54 (in Russ.)
16. Gottschalk P., Smith C. (2016) Detection of white-collar corruption in public procurement in Norway: the role of whistleblowers. *International Journal of Procurement Management*, vol. 9, no. 4, pp. 427–443. DOI: <https://doi.org/10.1504/IJPM.2016.077703>
17. Gruzinskaya E.I., Rudakov A.E. (2020) Abuse in the sphere of procurement of goods, activities, services for state or municipal needs (Article 200.<sup>4</sup> of Russian Criminal Code): analysis of crime elements. *Rossiyskiy pravovoy zhurnal*=Russian Law Journal, no. 1, pp. 74–77 (in Russ.)

18. Gudkov A.P. (2018) Abuses in public procurement (Article 200<sup>4</sup> of Criminal Code): advantages and disadvantages of the legislative novel. *Ekonomika i pravo*=Economy and Law, no. 11, pp. 93–97 (in Russ.)
19. Hoekman B., Taş B. (2020) Procurement policy and SME participation in public purchasing. *Small Business Economics*, no. 4, pp. 383–402. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11187-020-00414-z>
20. Iannone F., Testa F. et al. (2019) The role of Green Public Procurement in circular economy policies: an international comparison. *Economics and Policy of Energy and the Environment*, vol. 2, pp. 149–170. DOI: <https://doi.org/10.3280/EFE2019-002007>
21. Ivanchin A.V. (2012) Harmonization of external registration of norms on crimes in the sphere of economic activity. In: Modern anti-criminal policy: in search of optimal model. A collection of papers. Moscow: Prospect, pp. 80–88 (in Russ.)
22. Kvatova A.S. (2013) Corruption crimes in public procurement in Kazakhstan. *Middle East Journal of Scientific Research*, no. 10, pp. 1419–1424.
23. Kuleshov Y.I. (2018) Subjects of official crimes: issues of interpretation by current criminal legislation. In: Official crimes: theory and practice. Khabarovsk: Jurist, pp. 81–86 (in Russ.)
24. Lopashenko N.A. (2014) Analysis of the principles of criminalization on the example of criminalization of crimes in the field of economic activity. In: Modern aspects of anti-criminal policy. Collection of papers. Krasnodar: Ministry of Internal University Press, pp. 143–155 (in Russ.)
25. Lyuby I.A. (2019) Socially dangerous consequences of violations in procurement of goods, works, services for state and municipal needs (Article 200.<sup>4</sup> of the Criminal Code). *Voенно-юридический журнал*=Military Law Journal, no. 10, pp. 14–17 (in Russ.)
26. Lyuby I.A. (2020) (a) Defects of crime constituent elements stipulated by Article 200.<sup>4</sup> of the Criminal Code. *Administrator suda*=Court Administrator, no. 4, pp. 35–37 (in Russ.)
27. Lyuby I.A. (2020) (b) The subjective content of Article 200.<sup>4</sup> of the Criminal Code. *Rossiyskaya justiciya*=Russian Justice, no. 2, pp. 27–29 (in Russ.)
28. Mutangili S. (2019) Role of e-procurement practices in fighting fraud and corruption in public procurement. *Journal of Procurement & Supply Chain*, no. 2, pp. 36–47. Available at: <https://stratfordjournals.org/journals/index.php/journal-of-procurement-supply/article/view/276> (accessed: 25.12.2021)
29. Panfilov I.P. (2020) Correlation of abuse of power in the sphere of procurement with other encroachments on state property. *Innovacionnaja ekonomika i pravo* =Innovation Economy and Law, no. 1, pp. 46–48 (in Russ.)
30. Perov V.A. (2021) Qualification of actions of persons carrying out abuses in procurement of goods, works, services for state or municipalities. *Rassledovanie prestuplenij: problemy i puti ih reshenija*=Investigation: Issues and its Decisions, no. 1, pp. 70–73 (in Russ.)
31. Semykina O.I. (2018) Criminalization of financial and economic relations in the sphere of public procurement (comparative analysis). *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*=Journal of Foreign Legislation and Comparative Law, no. 3, pp. 161–170 (in Russ.)
32. Serduk A.Y. (2020) Abuses in procurement of goods, work, services to meet the state or municipal needs, signs of the objective side of the crime under Article 200.4 of the Criminal Code of Russia. *Epomen*, no. 41, pp. 387–399 (in Russ.)
33. Shuba E.S. (2020) Bribery of a contract service employee, a contract manager, a procurement commissioner. *Aktualnye voprosy borby s prestupleniyami*=Issues of Combating Crimes, no. 2, pp. 13–16 (in Russ.)

34. Soloviev O.G., Knyazkov A.A. (2020) Defects in structure of the crime of bribing a contract service employee, contract manager, member of the procurement commission (Article 200.<sup>5</sup> of the Criminal Code). *Rossiyskiy pravovoi zhurnal*=Russian Law Journal, no. 1, pp. 70–73 (in Russ.)

35. Williams-Elegbe S. (2018) Systemic corruption and public procurement in developing countries: are there any solutions? *Journal of Public Procurement*, vol. 18, no. 2, pp. 131–147. DOI: <https://doi.org/10.1108/JOPP-06-2018-009>

---

**Данные об авторе:**

Ш.М. Шурпаев — доцент, кандидат юридических наук, кандидат экономических наук.

**Information about the author:**

Sh.M. Shurpaev — Associate Professor, Candidate of Sciences (Law), Candidate of Sciences (Economics).

Статья поступила в редакцию 25.12.2021; одобрена после рецензирования 24.09.2022; принята к публикации 29.09.2022.

The article was submitted to the editorial office 25.12.2021; approved after reviewing 24.09.2022; accepted for publication 29.09.2022.

Научная статья

УДК: 347.4

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.71.90

# Обязанность арбитражного управляющего по хранению документов должника: проблемы теории и практики



**Михаил Александрович Глевич<sup>1</sup>, Сергей Валентинович Сятчихин<sup>2</sup>**

<sup>1</sup> Пермский государственный национальный исследовательский университет», Россия 614990, Пермь, ул. Букирева, 15.

<sup>2</sup> Институт экономики Уральского отделения Российской академии наук, Россия 620014, Екатеринбург, Московская ул., 29.

<sup>1</sup> ma\_glevich@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2508-8056>

<sup>2</sup> syatchikhin.sv@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4308-0162>



## Аннотация

Статья посвящена рассмотрению вопросов хранения документов должника арбитражным управляющим. Цель работы: проанализировать общий порядок хранения документации должника арбитражным управляющим, критерии оценки его действий с точки зрения добросовестности или недобросовестности. Используются методы сбора эмпирической информации, методы обобщения, формально-догматический (формально-юридический) метод с применением системного подхода. В результате сформулированы концепции: представительного хранения, доверительного хранения, трудового хранения, вещная концепция хранения, функциональная концепция хранения и концепция делегированного публичного хранения. На основе обобщения положений различных теорий арбитражного управления сформулированы теоретические положения о хранении документов должника арбитражным управляющим: защита арбитражным управляющим интересов должника, кредиторов и общества; передача документов на хранение на фиксированный срок, а также организация хранения в интересах заинтересованных лиц; нахождение хранящихся документов во владении арбитражного управляющего; осуществление арбитражным управляющим различных функций при хранении им документов должника в процедурах банкротства; наделение государством арбитражного управляющего публичными функциями организации

хранения документов должника. Под хранением документов должника арбитражным управляющим авторы понимают выполнение арбитражным управляющим делегированных ему государством публичных функций организации хранения находящихся в его владении документов должника в процедурах банкротства в течение установленных законом сроков в интересах должника, кредиторов и общества. Проанализированы практические проблемы получения (истребования) арбитражным управляющим документов должника, упорядочения архивных документов должника, личного хранения их управляющим, передачи на хранение, уничтожения документов, сроков хранения, а также расходов на хранение и предложены пути решения указанных проблем на основе анализа правоприменительной практики. Авторы приходят к выводам, что недостаточное регулирование правоотношений по хранению документации должника приводит к нарушению прав и интересов различных участников отношений банкротства: кредиторов, должников, общества, арбитражных управляющих, что вызывает потребность совершенствования действующего законодательства в целях сбалансирования различных интересов.

---



### Ключевые слова

хранение, документы, документация, должник, арбитражный управляющий, банкротство.

---

---

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

**Для цитирования:** Глевич М.А., Сятчихин С.В. Обязанность арбитражного управляющего по хранению документов должника: проблемы теории и практики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4. С. 71–90. DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.71.90.

### Research article



### Mikhail A. Glevich<sup>1</sup>, Sergey V. Syatchikhin<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Perm State National Research University, 15 Bukireva Str., Perm 614990, Russia.

<sup>2</sup> Institute of Economics, Ural Branch, Russian Academy of Sciences, 29 Moskovskaya Str., Ekaterinburg 6200014, Russia.

<sup>1</sup> ma\_glevich@mail.ru <https://orcid.org/0000-0003-2508-8056>

<sup>2</sup> syatchikhin.sv@yandex.ru <https://orcid.org/0000-0003-4308-0162>

## Duty of Bankruptcy Commissioner to Keep Debtor's Documents: Issues of Theory and Practice



### Abstract

The article is devoted to consideration of the storage of documents of the debtor with the arbitration manager. Purpose of paper is: to analyze the general procedure for storing the

debtor's documentation by the arbitration manager, the criteria for classifying his actions on its management from the point of view of good faith or bad faith. Research methods applied are: methods of collecting empirical information, methods of generalization, formal-dogmatic (formal-legal), systematic approach. Results: the concept of representative storage, the concept of trust storage, the concept of labor storage, the storage concept of things, the functional storage concept and the concept of delegated public storage were formulated. On the basis of summarizing the conclusions of various theories of arbitration management the following theoretical provisions have been formulated for the storage of the debtor's documents by the bankruptcy administrator: representation by the bankruptcy administrator of the interests of the debtor, creditors and society; transfer of documents for storage for a specified period, as well as organization of storage in the interests of interested parties; finding the stored documents in the possession of the bankruptcy commissioner; implementation of various functions of the insolvency practitioner for keeping the debtor's documents in bankruptcy proceedings; vesting by the state of the insolvency practitioner with public functions of organizing the storage of the debtor's documents. The custody of the debtor's documents by the bankruptcy administrator means the activities of the bankruptcy administrator to carry out public functions delegated by the state to organize the storage of the debtor's documents in bankruptcy proceedings within the established time limits in the interests of the debtor, creditors and society. The practical problems of obtaining (reclaiming) the debtor's documents by the arbitration administrator, ordering the debtor's archival documents, their personal storage by the administrator, transferring them for storage, destruction of documents, storage periods, and storage costs are analyzed, and ways of solving these problems based on the analysis of law enforcement practice are proposed. Conclusions: insufficient regulation of legal relations for the storage of documentation of the debtor leads to a violation of the rights and interests of various participants in bankruptcy relations: creditors, debtors, society, arbitration managers, which necessitates the improvement of the current legislation in order to ensure a balance of various interests.



### Keywords

storage, documents, documentation, debtor, arbitration manager, bankruptcy.

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

**For citation:** Glevich M.A., Syatchikhin S.V. (2022) Duty of Bankruptcy Commissioner to Keep Debtor's Documents: Issues of Theory and Practice. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 71–90 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.71.90.

## Введение

Законодательство о банкротстве среди разнообразных обязанностей арбитражного управляющего устанавливает хранение документов должника, обладающих ценностью как с точки зрения содержания, так и формы (оригинальности) [Гилев К.Е., 2022: 157–173]. Вместе с тем в теории и практике существуют различные проблемы в этой сфере. Правовую природу арбитражного управления исследовали Е.В. Богданов [Богданов Е.В., 2015:

27–30]; Е.Г. Дорохина [Дорохина Е.Г., 2004: 11–27]; А.В. Егоров [Егоров А.В., 2019: 55–74]; Е.А. Ефимченко [Ефимченко Е.А., 2013: 21–23]; Н.С. Кацяян [Кацяян Н.С., 2018: 217–221]; К.Б. Кораев [Кораев К.Б., 2017: 18–21]; Ю.В. Тай [Тай Ю.В., 2005: 17–31]; Т.В. Ускова [Ускова Т.В., 2017: 36–40]. Однако вопросы хранения документов арбитражным управляющим не нашли широкого отражения в научной литературе. Известны лишь отдельные работы Е.В. Алексева [Алексева Е.В., 2013: 81–85]; С. Воропаева [Воропаев С., 2006: 32]; Е.В. Еремина [Еремина Е.В., 2010: 36–38].

Различные теоретические и практические вопросы хранения документов должника арбитражным управляющим тоже не получили должного освещения в отечественной доктрине. В частности, в ней отсутствуют теоретические подходы к хранению имущества должника в контексте теорий арбитражного управления, отсутствует определение понятия «хранение документов» должника арбитражным управляющим», не систематизированы ключевые проблемы в области хранения документов должника арбитражным управляющим.

Настоящее исследование нацелено на частичное восполнение указанных пробелов.

## **1. Теоретические аспекты хранения арбитражным управляющим документов должника**

На наш взгляд, наиболее полно правовая природа арбитражного управления описана дореволюционным исследователем банкротства С.И. Гальпериним, который отмечал ее ключевые признаки: публичный характер деятельности; должностное лицо, независимое от интересов кредиторов и должника и обеспечивающее баланс их интересов; судебное делегирование представительства государственного интереса; объективное выяснение причин несостоятельности, а также доверительное управление имуществом должника; обладание публичными функциями [Гальперин С.И., 1898: 10–11]. Данная позиция в целом соответствует сложившейся в России судебной практике<sup>1</sup>.

Между тем в настоящее время в доктрине получили развитие различные теории арбитражного управления [Карелина С.А., 2019: 333–339]. С позиции теории представительства (А.Э. Бардзкий, А.В. Егоров, М. Телюкина и др.), арбитражный управляющий, обеспечивая функции хранения доку-

---

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 19.12.2005 № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А.Г. Меженцева» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2006. № 1.

ментов должника в процессе банкротства, отстаивает интересы должника. Так, согласно п. 24 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.06.2011 № 51 конкурсный управляющий управляет имуществом должника и выступает от его имени<sup>2</sup>. Однако арбитражный управляющий обязан действовать в интересах должника, кредиторов и общества (п. 4 ст. 20.3 Федерального закона от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>3</sup>, далее — Закон о банкротстве). Поэтому арбитражный управляющий выступает как независимое лицо, не склоняющийся лишь к интересам должника и кредиторов, а руководствующийся также интересами общества.

Теория представительства включает концепцию представительного хранения, согласно которой, обеспечивая хранение документов должника, арбитражный управляющий осуществляет представительные функции, возложенные на него государством в целях интересов должника, кредиторов и общества. В свою очередь в судебной практике отмечается обстоятельство, что ввиду противоречия интересов в банкротных правоотношениях обязанность хранения документов должника у арбитражного управляющего означает необходимость добросовестности его поведения с учетом необходимости поддержания баланса между противоположными интересами<sup>4</sup>.

С точки зрения теории доверительного управления (В.А. Дозорцев, А.А. Мохов, В.Ф. Попондопуло и др.), арбитражное управление и доверительное управление имеют общую природу. По договору доверительного управления имуществом оно передается на определенный срок, а управление осуществляется в интересах его учредителя или иного выгодоприобретателя (п. 1 ст. 1012 ГК РФ). Теория доверительного управления включает концепцию доверительного хранения, согласно которой, обеспечивая хранение документов должника, арбитражный управляющий осуществляет хранение документов должника на определенный срок в его интересах, а также в интересах иных заинтересованных лиц.

Теория трудового договора (Л.А. Гершанок, К.Н. Гусов, Г.И. Скареева, В.Н. Толкунова, С.Н. Чуча и др.) включает концепцию трудового хранения, согласно которой, обеспечивая хранение документов должника, арбитражный управляющий выполняет трудовые функции работника, возложенные на него судом на условиях устанавливаемого вознаграждения в целях поддержания интересов должника, кредиторов и общества.

<sup>2</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2011 № 51 (ред. от 25.12.2018) «О рассмотрении дел о банкротстве индивидуальных предпринимателей» // Вестник ВАС РФ. № 9. 2011.

<sup>3</sup> Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ (ред. от 28.06.2022) «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. ст. 4190.

<sup>4</sup> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.11.2019 № 305-ЭС19-15519 по делу № А40-108749/2011 // СПС КонсультантПлюс.

Согласно теории трудового договора, арбитражный управляющий выступает как работник суда, назначаемый на конкретную процедуру банкротства и обладающий правами и обязанностями. Однако эта теория не соответствует действующему трудовому законодательству России и судебной практике, поскольку суд не является работодателем арбитражных управляющих ввиду отсутствия между ними трудовых отношений. Между тем с доктринальной точки зрения такая ситуация возможна в будущем в России и в других странах.

Вещная теория арбитражного управления (А.И. Белоликов) включает вещную концепцию хранения, согласно которой хранение документов предполагает их владение арбитражным управляющим. С точки зрения вещной теории арбитражного управления предполагается, что совершение сделок с имуществом должника требует его получения во владение арбитражного управляющего, в результате чего соединяются субъект и объект. Вместе с тем, однако, не исключается право пользования и распоряжения имуществом.

Теория функций в арбитражном управлении (Г.Ф. Шершеневич, М.Е. Эрлих) включает функциональную концепцию хранения, согласно которой, арбитражный управляющий осуществляет различные функции хранения в процедурах банкротства. С позиции теории функций в арбитражном управлении институт банкротства включает различные субинституты в соответствии с действующими процедурами банкротства, в которых арбитражный управляющий выполняет различные функции.

Теория делегированного публичного управления (Е.В. Богданов, С.И. Гальперин, Г.Ф. Шершеневич и др.) включает концепцию делегированного публичного хранения, согласно которой государство делегировало арбитражному публичные функции хранения документов должника. С точки зрения теории делегированного публичного управления арбитражный управляющий наделен публичными функциями. В этом ключе стоит отметить позицию Конституционного суда Российской Федерации (далее — КС РФ), согласно которой арбитражный управляющий выступает как должностное лицо, наделенное публичными функциями<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 19.12.2005 № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А.Г. Меженцева» // Вестник Конституционного Суда РФ. № 1. 2006; Определение Конституционного Суда РФ от 23.04.2015 № 737-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Чернова Александра Николаевича на нарушение его конституционных прав положениями части 3 статьи 14.13 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // СПС КонсультантПлюс; Определение Конституционного Суда РФ от 06.06.2017 № 1167-О «По запросу Третьего арбитражного апелляционного суда о проверке конституционности положения части 3.1 статьи 14.13 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»

Таким образом, в современный период развития института банкротства в отечественной доктрине сложились шесть концепций хранения: концепция представительного хранения, концепция доверительного хранения, концепция трудового хранения, вещная концепция хранения, функциональная концепция хранения и концепция делегированного публичного хранения. При этом с точки зрения развития современного российского законодательства, посвященного вопросам хранения документов должника арбитражным управляющим, и судебной практики в этой сфере концепция трудового хранения не получила развития.

Обобщая выводы различных теорий арбитражного управления, формулируем теоретические положения хранения документов должника арбитражным управляющим: представление арбитражным управляющим интересов должника, кредиторов и общества; передача документов на хранение на определенный срок, а также организация хранения в интересах заинтересованных лиц; нахождение хранящихся документов во владении арбитражного управляющего; осуществление различных функций арбитражным управляющим по хранению им документов должника в процедурах банкротства; наделение государством арбитражного управляющего публичными функциями организации хранения документов должника.

Изложенное позволяет предложить авторское определение понятия «хранение документов должника арбитражным управляющим», которое в отличие от существующих подходов интегрирует теоретические положения различных концепций. Под хранением документов должника арбитражным управляющим понимается деятельность арбитражного управляющего по осуществлению делегированных государством публичных функций по организации хранения находящихся в его владении документов должника в процедурах банкротства в течение установленных законом сроков в интересах должника, кредиторов и общества.

## **2. Практические проблемы хранения арбитражным управляющим документов должника**

### **2.1. Нормативно-правовая база обеспечения хранения документов должника**

Нормативно-правовую основу регулирования правоотношений по хранению документов должника арбитражным управляющим составляют Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК РФ)<sup>6</sup>, Федеральный

ниях» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>6</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред.

закон от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» и Федеральный закон от 22.10.2004 № 125-ФЗ «Об архивном деле в Российской Федерации» (далее – Закон об архивном деле)<sup>7</sup>.

Глава 47 части 2 ГК РФ регулирует общие положения о хранении, хранение на товарном складе и специальные виды хранения. Закон об архивном деле регулирует общие положения, деятельность Архивного фонда России, управление архивным делом, хранение и учет архивных документов, комплектование ими архивов, доступ к архивным документам и их использование, ответственность за нарушение законодательства об архивном деле, международное сотрудничество и заключительные положения.

Правонарушения в сфере архивного дела влекут ответственность в виде предупреждения либо административного штрафа (ст. 27 Закона об архивном деле, ст. 13.20 Кодекса РФ об административных правонарушениях)<sup>8</sup>. Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) отметила перечень обязанностей конкурсного управляющего, к которым отнесены организация упорядочения архивных документов должника, самостоятельное хранение документации либо передача на хранение в архив<sup>9</sup>.

Судебная практика неустойчива, однако она позволяет определить решение многих практических вопросов, связанных с хранением документов должника арбитражным управляющим. Следует отметить, что в судебной практике возникают различные проблемы хранения документов должника арбитражным управляющим, к ключевым из которых следует отнести следующие: проблема получения (истребования) документов должника управляющим, проблема упорядочения архивных документов, проблема личного хранения, проблема передачи на хранение, проблема уничтожения документов, проблема сроков хранения, проблема расходов на хранение.

## **2.2. Проблема получения (истребования) документов должника**

Проблема получения (истребования) документов должника обусловлена наличием обязанности у конкурсного управляющего по передаче документов должника, которые обязательны для хранения. Вследствие этого Росреестр отмечает необходимость исчерпывающих мер по истребованию документов

---

от 01.07.2021) // СЗ РФ. 1996. № 5. ст. 410.

<sup>7</sup> Федеральный закон от 22.10.2004 № 125-ФЗ (ред. от 11.06.2021) «Об архивном деле в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 43. Ст. 4169.

<sup>8</sup> Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 24.09.2022) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). ст. 1.

<sup>9</sup> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.11.2019 № 305-ЭС19-15519 по делу № А40-108749/2011 // СПС КонсультантПлюс.

должника, которые обязательны для хранения, от бывшего руководителя, предыдущего управляющего, а также по передаче документов в архив<sup>10</sup>. Вместе с тем в судебной практике презюмируется наличие причинно-следственной связи между несостоятельностью должника и непередачей контролирующим лицом документов, относящихся к деятельности должника<sup>11</sup>.

Так, в Арбитражном суде Северо-Западного округа встал вопрос о привлечении бывшего руководителя должника к субсидиарной ответственности. По мнению конкурсного управляющего, бывший руководитель должника должен быть привлечен к субсидиарной ответственности ввиду непередачи первичной документации, что не позволило предъявить требования к дебиторам. Суды первой и апелляционной инстанций отказали конкурсному управляющему в удовлетворении заявленных требований ввиду недоказанности им того обстоятельства, что непередача первичной документации привела к затруднению проведения банкротства.

В свою очередь суд кассационной инстанции не согласился с выводами нижестоящих инстанций. Так, в постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 09.03.2021 по делу № А56-146786/2018 отмечено, что существует презумпция вины контролирующего лица, поэтому именно бывший руководитель должника должен доказать, что его бездействие не привело к невозможности формирования конкурсной массы, а также обстоятельство, что недостатки переданной управляющему документации не привели к существенному затруднению проведения процедур банкротства, или отсутствие вины в передаче, ненадлежащем хранении документации.

### **2.3. Проблема упорядочения архивных документов**

В законодательстве в настоящее время конкурсный управляющий обязан упорядочивать и передавать архивные документы ликвидированных негосударственных организаций в государственные (муниципальные) архивы (ч. 10 ст. 23 Закона об архивном деле). Вместе с тем, методические рекомендации по хранению документов должника приняты лишь относительно ликвидированных кредитных организаций<sup>12</sup>. Это, безусловно, затрудняет организацию хранения документов должника иных организаций.

<sup>10</sup> Письмо Росреестра от 08.07.2020 № 07-5956-МС/20 «О хранении документов, относящихся к деятельности должника» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>11</sup> Определение СК по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.11.2019 № 305-ЭС19-15519 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>12</sup> Методические рекомендации по упорядочению и подготовке к передаче на хранение в государственные (муниципальные) архивы документов ликвидированных кредитных организаций (для конкурсных управляющих (ликвидаторов)) (утв. Росархивом) // СПС КонсультантПлюс.

При упорядочении документов для их передачи в архив необходимо произвести экспертизу документов, сформировать документы в дела, пронумеровать каждый лист, прошить документы, составить описание каждого дела. Закон о банкротстве не возлагает на конкурсного управляющего должника обязанности по выполнению технической работы самостоятельно, в том числе при наличии у него специальных знаний<sup>13</sup>. Так, необходимость привлечения специалиста для систематизации и подготовки к передаче в архив документов обусловлена наличием на предприятии большого штата и количества филиалов, а следовательно — значительным объемом документации<sup>14</sup>.

У конкурсного управляющего имеется обязанность по упорядочению и сдаче в архив документов должника — кредитной организации после завершения процедуры банкротства, при этом у него имеется право на привлечение соответствующего специалиста (ст. 189.78 Закона о банкротстве)<sup>15</sup>. Кроме того, необходимость привлечения специалиста для систематизации и подготовки к передаче в архив документов обусловлена наличием на предприятии большого штата и количества филиалов, а следовательно, значительным объемом документов<sup>16</sup>.

#### **2.4. Проблема личного хранения документов должника**

Как отмечал Г.Ф. Шершеневич, целью договора хранения и его существенным признаком является сохранение вещи как услуга, оказываемая в процессе личного действия [Шершеневич Г.Ф., 1915: 205]. В свою очередь органы публичной власти, организации, граждане, а также конкурсный управляющий обязаны сохранить архивные документы (ч. 1 ст. 17 Закона об архивном деле)<sup>17</sup>.

Первый Закон о банкротстве не содержал полномочий арбитражных управляющих хранения документов должника<sup>18</sup>. Следующий Закон в сфере несостоятельности (в отличие от ныне действующего) указанное право-

---

<sup>13</sup> Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.03.2020 № 17АП-16361/2018(33)-АК по делу № А60-51084/2018 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>14</sup> Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.03.2020 № 16АП-1975/2017 по делу № А63-9062/2016 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>15</sup> Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 14.05.2020 № Ф09-2062/19 по делу № А60-51084/2018 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>16</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 14.05.2020 № Ф08-3587/2020 по делу № А63-9062/2016 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>17</sup> Письмо Росархива от 11.12.2014 № 2/2342-А «О передаче документов негосударственных организаций на хранение в государственные и муниципальные архивы» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>18</sup> Закон РФ от 19.11.1992 № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» // Ведомости СНД и ВС РФ. 07.01.1993. № 1. Ст. 6.

мочие относил к обязанности, что следовало из смысла п. 3 ст. 101<sup>19</sup>. Действующее же законодательство о банкротстве содержит несколько норм, касающихся хранения документов должника арбитражным управляющим (ч. 7 ст. 12, ч. 8 ст. 12.1, ч. 5 ст. 18 Закона о банкротстве). В этих нормах определены документы, которые подлежат хранению арбитражным управляющим, а также сроки хранения оригиналов некоторых из них. При этом, как отмечается в судебной практике, утрата документов должника, переданных бывшими руководителями, выступает предметом обжалования бездействия конкурсного управляющего<sup>20</sup>.

## 2.5. Проблема передачи на хранение

Стоит отметить, что в прошлом передача на хранение документов должника по архивному законодательству была обязанностью арбитражного управляющего, а по банкротному законодательству — правом. Как отмечает Е.В. Еремина, эволюция законодательства о банкротстве привела к трансформации права в обязанность [Еремина Е.В., 2010: 36–38].

У конкурсного управляющего существует обязанность передачи документов должника, которые подлежат обязательному хранению (ч. 2 ст. 129, п. 8 ч. 3 ст. 189.78 Закона о банкротстве). Однако зачастую надлежащему выполнению указанной обязанности препятствует недостаток средств у конкурсных управляющих, поскольку денежный резерв, получаемый в процессе конкурсного производства, оказывается исчерпанным к моменту вынесения определения о завершении конкурсного производства [Воропаев С., 2006: 32].

Заключение договора о передаче архивных документов в государственный (муниципальный) архив является обязанностью архивного учреждения и конкурсного управляющего<sup>21</sup>. При ликвидации негосударственных организаций конкурсный управляющий обязан заключить договор с архивным учреждением о передаче документов на хранение. Если при этом передающая архивные документы организация не выступала источником комплектования архивного учреждения, то конкурсный управляющий должен заключить с ним договор с момента начала процедуры ликвидации.

<sup>19</sup> Закон от 08.01.1998 № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 1998. № 2. ст. 222.

<sup>20</sup> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.11.2019 № 305-ЭС19-15519 по делу № А40-108749/2011 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>21</sup> Письмо Росархива от 11.12.2014 № 2/2342-А «О передаче документов негосударственных организаций на хранение в государственные и муниципальные архивы» // СПС КонсультантПлюс.

Между тем в судебной практике сложилось две позиции по поводу возмездности (безвозмездности) договора хранения между управляющим и архивом. Так, в практике Семнадцатого арбитражного апелляционного суда, Арбитражного суда Западно-Сибирского округа признается возмездный характер указанного договора<sup>22</sup>. В свою очередь, Арбитражный суд Северо-Кавказского округа отмечает, что согласно Закону об архивном деле не предусмотрена выплата учреждениям архива вознаграждения за хранение<sup>23</sup>. Выглядит логичным заключение именно возмездных договоров хранения, однако бремя таких расходов должно быть возложено не на арбитражных управляющих, а должно производиться за счет имущества должника.

Порядок заключения договоров хранения документов должника в государственном архиве не регулируется Законом о банкротстве, поэтому, как правомерно указывается в судебной практике, в силу абз. 10 п. 2 ст. 129 Закона о банкротстве при заключении спорного договора подлежат применению положения гл. 47 ГК РФ<sup>24</sup>. Сохранение юридической силы документов по личному составу требует выполнения условий по их созданию, сохранению и передаче на хранение при ликвидации организации [Алексеева Е.В., 2013: 81–85].

Закон об архивном деле не содержит сроков передачи конкурсным управляющим документов в государственные (муниципальные) архивы, который обязан действовать разумно и добросовестно в интересах всех заинтересованных сторон, поэтому обеспечение прав работников требует передачи архивных документов в минимально возможные сроки<sup>25</sup>. Конкурсный управляющий должен передать документы в архив до даты подачи ходатайства о завершении конкурсного производства, что подтверждается соответствующей судебной практикой<sup>26</sup>. Так, в одном из дел о банкротстве сложилась ситуация, при которой все мероприятия, подлежащие проведению в процедуре конкурсного производства, практически завершены: имущество должника реализовано, денежные средства поступили в конкурсную массу, при этом конкурсным управляющим не подготовлены в значительном объеме

---

<sup>22</sup> Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.03.2020 № 17АП-15937/2018(4)-АК по делу № А50-16153/2017-Б7 // СПС КонсультантПлюс; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.06.2020 № Ф04-698/2020 по делу № А27-19206/2019 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>23</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26.10.2017 № Ф08-8105/2017 по делу № А53-6610/2014 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>24</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 11.04.2012 по делу № А05-6656/2011 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>25</sup> Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 23.11.2017 по делу № А11-1443/2017 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>26</sup> Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.05.2014 по делу № А44-695/2013 // СПС КонсультантПлюс; Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.06.2015 по делу № А44-6190/2013 // СПС КонсультантПлюс.

документы подлежащие сдаче в архив. Это увеличивает сроки конкурсного производства, а следовательно и расходы, подлежащие выплате конкурсному управляющему<sup>27</sup>.

Законодатель предусмотрел распределение обязанности приема конкретных архивных документов ликвидируемых негосударственных организаций на хранение между государственными и муниципальными архивами. Судебная практика накладывает обязанность хранения указанных документов как на государственные, так и на муниципальные архивы<sup>28</sup>. Так, в одном из дел Двадцатый арбитражный апелляционный суд указал, что ходатайство конкурсного управляющего о прекращении производства по делу о банкротстве правомерно признано обоснованным в связи с незавершенностью всех мероприятий в рамках дела о банкротстве вследствие отсутствия у должника денежных средств на их проведение и потребности в значительных временных затратах, что, в свою очередь, повлекло бы увеличение текущей задолженности по выплате вознаграждения управляющему<sup>29</sup>.

Арбитражным судом Московского округа отмечаются цели хранения документов по личному составу ликвидированных организаций в архивах: обеспечение подтверждения трудового стажа бывших работников при их обращении в органы государственной власти и местного самоуправления и т.д.<sup>30</sup> В свою очередь, нарушение указанной обязанности приводит к затруднению получения бывшими работниками должника пенсионного обеспечения<sup>31</sup>. Вместе с тем ВС РФ указывает на возложение ответственности на Российскую Федерацию и ее субъекты за хранение социально значимых документов по личному составу, поэтому отсутствие возможности государства хранить указанные документы не означает исключения обязанности соблюдения прав и защите интересов бывших работников в вопросах подтверждения их трудового стажа<sup>32</sup>.

В судебной практике также отмечается, что не являющиеся публичной собственностью документы по личному составу негосударственных орга-

---

<sup>27</sup> Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 17.08.2020 № Ф10-5727/2010 по делу № А09-1626/2009 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>28</sup> Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 24.10.2018 № Ф10-3648/2018 по делу № А54-9878/2017 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>29</sup> Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.09.2020 № 20АП-4401/2020 по делу № А62-8155/2016 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>30</sup> Постановление Арбитражного суда Московского округа от 06.02.2017 № Ф05-21789/2016 по делу № А41-21388/2016 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>31</sup> Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.08.2012 по делу № А65-10870/2007 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>32</sup> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 03.10.2016 № 305-ЭС16-4927 по делу № А40-146059/2014 // СПС КонсультантПлюс.

низаций должны быть переданы конкурсным управляющим в архивное учреждение на основании заключенного с ним договора<sup>33</sup>. На законодательном уровне не установлен безвозмездный характер указанного договора. Однако у государственных (муниципальных) архивов отсутствует обязанность по приему на хранение архивных документов негосударственных организаций в случае, если они не выступают источником комплектования соответствующих архивных учреждений<sup>34</sup>.

Между тем Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа указал, что обязанность государственных (муниципальных) архивов принимать на хранение документацию ликвидированных негосударственных организаций в то же время не означает отсутствия возможности хранения архивных документов только в указанных архивах<sup>35</sup>. В свою очередь Десятый арбитражный апелляционный суд отметил, что существует возможность использования негосударственных архивных организаций как специалистов, привлекаемых управляющим для выполнения его обязанностей на основе заключенного между ними договора, при наличии необходимой материально-технической базы и соответствующих кадров<sup>36</sup>.

## 2.6. Проблема уничтожения документов

В настоящее время создалась правовая неопределенность в решении вопросов об уничтожении документов должника арбитражным управляющим. Судебная практика исходит из того, что в случае банкротства организации ее документы не должны быть безусловно уничтожены, даже в результате истечения сроков хранения<sup>37</sup>. Кроме того, в судебной практике отмечается необходимость проверки добросовестности поведения конкурсного управляющего в случае уничтожения им документов должника<sup>38</sup>. При этом ссылка конкурс-

---

<sup>33</sup> Определение Верховного Суда РФ от 09.12.2020 № 309-ЭС20-12033 по делу № А71-14642/2019 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>34</sup> Письмо Росархива от 11.12.2014 № 2/2342-А «О передаче документов негосударственных организаций на хранение в государственные и муниципальные архивы» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>35</sup> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 15.03.2013 по делу № А11-2828/2012 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>36</sup> Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 16.07.2019 № 10АП-11437/2019 по делу № А41-58628/2017 // СПС КонсультантПлюс; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 16.10.2019 № Ф05-16327/2018 по делу № А41-58628/2017 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>37</sup> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 02.02.2016 № 302-ЭС15-14349 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>38</sup> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.11.2019 № 305-ЭС19-15519 по делу № А40-108749/2011 // СПС КонсультантПлюс.

ного управляющего на потребность в сокращении расходов на хранение документов должника вследствие завершения конкурсного производства требует исследования и оценки предъявленных управляющим доказательств.

В связи с отсутствием норм, в полной мере регламентирующих вопросы хранения документов должника арбитражным управляющим, для решения правовых проблем возможно обращение к положениям концепциям представительного и доверительного хранения. Положения указанных концепций исходят из возможности уничтожения документов арбитражным управляющим при условии, что такие действия не нарушат интересов должника, кредиторов и общества.

## 2.7. Проблема сроков хранения документов должника

Действующее законодательство не устанавливает сроков хранения документов должника арбитражным управляющим. Как отмечает сложившаяся судебная практика, ликвидация организаций, включая и их банкротство, не предполагает абсолютной возможности уничтожения документов должника, в том числе при истечении их сроков хранения<sup>39</sup>.

Так, в рамках одного из дел о банкротстве (№ А40-108749/2011) конкурсный управляющий уничтожил документы должника через семь лет. ВС РФ отметил отсутствие правовых норм, закрепляющих возможность конкурсного управляющего уничтожить документы должника, которые могут потенциально являться доказательствами по делу, до завершения конкурсного производства даже в случае отсутствия возражений со стороны кредиторов и при наличии нерешенного вопроса о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующего должника лица<sup>40</sup>. В соответствии с п. 5 ст. 61.14 Закона о банкротстве заявление о привлечении к субсидиарной ответственности может быть подано в течение 10 лет с момента действия (бездействия), позволяющего привлечь к ответственности.

Вместе с тем, не урегулирован существенный вопрос: какие документы хранить, а какие — нет. Поэтому в условиях правовой неопределенности существует обязанность арбитражного управляющего хранить все документы должника. Однако расходы на хранение будут оплачиваться из конкурсной массы, что увеличит расходы на процедуру банкротства.

Возможным решением проблемы являются сканирование документов арбитражным управляющим и по возможности их передача в суд через сер-

<sup>39</sup> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 02.02.2016 № 302-ЭС15-14349 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>40</sup> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.11.2019 № 305-ЭС19-15519 по делу № А40-108749/2011 // СПС КонсультантПлюс.

вис «Мой арбитр». Так, суды обязаны переводить в печатный вид документы, поступающие к ним через сервис «Мой арбитр», а оригиналы документов следует по возможности приобщать к материалам дела о банкротстве. Там самым бремя хранения документов должника переключаются на суд. В условиях отсутствия денежных средств на хранение документов должника сдача документов в суд может выступать единственным способом обеспечения сохранности документов.

Другой проблемой выступает вопрос о разнообразии сроков хранения многообразных документов, некоторые из которых подлежат постоянному хранению. Следует отметить, что постоянность хранения обусловлена потребностью в документах для реализации законных прав и интересов каких-либо лиц. В настоящее время установлена обязанность хранения управленческих документов (ст. 50 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»)<sup>41</sup>. В свою очередь Приказ Росархива от 20.12.2019 №236 закрепил перечень таких документов, а также сроки их хранения<sup>42</sup>.

В соответствии с ч. 1 ст. 17 Закона об архивном деле установлена обязанность организаций по обеспечению сохранности архивных документов, предусмотренными ч. 3 ст. 6 и ч. 1 ст. 23 Закона об архивном деле. По ст. 29 Федерального закона от 06.12.2011 №402-ФЗ «О бухгалтерском учете» первичные учетные документы, регистры бухгалтерского учета, бухгалтерская (финансовая) отчетность и аудиторские заключения о такой отчетности должны храниться не менее 5 лет после отчетного периода в течение сроков, установленных в разд. 4.1 Перечня управленческих документов. Ответственность за нарушение требований законодательства о хранении документов установлена ч. 2 ст. 13.25 КоАП.

## **2.8. Проблема расходов на хранение документов должника**

Необходимость хранения документов должника обуславливает проблему соответствующих расходов. В судебной практике отмечается, что арбитражный управляющий должен руководствоваться принципом разумности при расходовании средств на услуги привлекаемых им специалистов, включая и сферу архивного дела, и учитывать размер имущества должника, которое должно быть достаточным, а также возможности должника по получению

---

<sup>41</sup> Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. ст. 785.

<sup>42</sup> Приказ Росархива от 20.12.2019 № 236 «Об утверждении Перечня типовых управленческих архивных документов, образующихся в процессе деятельности государственных органов, органов местного самоуправления и организаций, с указанием сроков их хранения». Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 07.02.2020)

требуемой суммы в будущем<sup>43</sup>. При этом арбитражный управляющий должен руководствоваться принципом минимизации расходов за счет имущества должника, на основе которого обеспечивается формирование конкурсной массы<sup>44</sup>.

В свою очередь, позиция судебной практики о постоянном хранении документов безусловно приводит к увеличению расходов на процедуру банкротства. Следует закрепить норму о хранении за счет конкурсной массы, а денежные средства для оплаты услуг хранителя резервировать.

## **Заключение**

Под хранением документов должника арбитражным управляющим понимается деятельность арбитражного управляющего по осуществлению делегированных государством публичных функций по организации хранения находящихся в его владении документов должника в процедурах банкротства в течение установленных сроков в интересах должника, кредиторов и общества.

В современный период развития института банкротства в отечественной доктрине сложилось шесть рассмотренных выше концепций хранения арбитражным управляющим документов должника. Из них только концепция трудового хранения ни в современном российском законодательстве, ни в судебной практике не получила развития.

Теоретические положения хранения документов должника арбитражным управляющим выглядят следующим образом: защита арбитражным управляющим интересов должника, кредиторов и общества; передача документов на хранение на точно определенный срок, а также организация хранения в интересах заинтересованных лиц; нахождение хранящихся документов во владении арбитражного управляющего; выполнение различных функций арбитражным управляющим по хранению им документов должника в процедурах банкротства; наделение государством арбитражного управляющего публичными функциями организации хранения документов должника.

Авторами проанализированы различные практические проблемы получения (истребования) арбитражным управляющим документов должника, упорядочения архивных документов должника, личного хранения их управляющим, передачи на хранение, уничтожения документов, сроков хранения, а также расходов на хранение и предложены пути решения указанных про-

<sup>43</sup> Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 27.09.2011 по делу № А17-6722/2009 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>44</sup> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25.11.2019 N 305-ЭС19-15519 по делу № А40-108749/2011 // СПС КонсультантПлюс.

блем на основе анализа правоприменительной практики. В условиях правовой неопределенности в целях разрешения проблем предлагается использовать доктринальные положения концепций: представительного хранения, доверительного хранения, вещной концепции хранения, функциональной концепции хранения и (или) концепции делегированного публичного хранения.

Трудность вопросов требует их нормативно-правового регулирования, распределения обязанностей хранения документов между государственными (муниципальными) органами, архивами и арбитражным управляющим. Так будет достигнут баланс, а не перекаладывание ответственности на одну из сторон, поскольку затраты на хранение могут быть весьма значительными.

Требуется установить перечень документов должника, подлежащих обязательному хранению. Вместе с тем развитие цифровой экономики предполагает создание условий для оцифровки документов должника арбитражным управляющим, их последующего хранения и использования. Возможно, требуется регулирование деятельности специализированных организаций, оказывающих услуги по хранению документов должника, что будет способствовать развитию рыночных отношений.

Перекаладывание ответственности за хранение документов должника на арбитражного управляющего свидетельствует об отсутствии баланса интересов всех участников банкротных правоотношений, поскольку экономия расходов на хранение документов должника ставится в ущерб защите прав и интересов.

Дальнейшее совершенствование законодательства о хранении документов должника арбитражным управляющим требует установления баланса между расходами на процедуру банкротства и обязанностью хранения документов должника в интересах не только его, но и кредиторов, общества, а также самого арбитражного управляющего.



#### **Список источников**

1. Алексеева Е.В. Архивы документов по личному составу // Делопроизводство. 2013. № 2. С. 81–85.
2. Богданов Е.В. Правовое положение арбитражного управляющего юридическим лицом // Гражданское право. 2015. № 1. С. 27–30.
3. Воропаев С. Сдача документов в архив при банкротстве // ЭЖ-Юрист. 2006. № 13. С. 32.
4. Гальперин С.И. Права и обязанности присяжного попечителя по делу торговой несостоятельности. Екатеринбург: Ротенберг, 1898. 159 с.
5. Гилев К.Е. Передача документации должника в процедурах банкротства // Вопросы российской юстиции. 2022. № 19. С. 157–173.

6. Дорохина Е.Г. Правовой статус арбитражного управляющего в деле о банкротстве организации : автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2004. 28 с.
7. Егоров А.В. Арбитражные управляющие: правовая природа, статус, вознаграждение за труд // *Хозяйство и право*. 2019. № 4. С. 55–74.
8. Еремина Е.В. Теоретические аспекты прав и обязанностей // *Арбитражный управляющий*. 2010. № 5. С. 36–38.
9. Ефимченко Е.А. Правовой статус арбитражного управляющего в процедуре банкротства // *Налоги*. 2013. № 16. С. 21–23.
10. Карелина С.А. и др. Несостоятельность (банкротство): в 2-х т. Т. 1. М.: Статут, 2019. 923 с.
11. Кациян Н.С. Правовой статус арбитражного управляющего: проблемы законодательного регулирования // *Бизнес. Образование. Право*. 2018. № 1. С. 217–221.
12. Кораев К.Б. К вопросу о теориях арбитражного управляющего // *Юрист*. 2017. № 2. С. 18–21.
13. Тай Ю.В. Правовые проблемы арбитражного управления: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2005. 32 с.
14. Ускова Т.В. Проблемы определения правовой природы арбитражного управления // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2017. № 5. С. 36–40.
15. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М.: Башмаковы, 1915. 544 с.



## References

1. Alekseeva E.V. (2013) Personnel documentation archives. *Deloproizvodstvo=Clerical Work*, no. 2, pp. 81–85 (in Russ.)
2. Bogdanov E.V. (2015) Legal status of an insolvency practitioner by a legal entity. *Grazhdanskoe pravo=Civilian Law*, no. 1, pp. 27–30 (in Russ.)
3. Dorohina E.G. (2004) Legal status of an insolvency practitioner in an organization bankruptcy case. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 28 p. (in Russ.)
4. Egorov A.V. (2019) Arbitration managers: legal nature, status, remuneration for work. *Hoziastvo i pravo=Economy and Law*, no. 4, pp. 55–74 (in Russ.)
5. Efimchenko E.A. (2013) Legal status of an insolvency practitioner in bankruptcy proceedings. *Nalogi=Taxes*, no. 16, pp. 21–23 (in Russ.)
6. Eremina E.V. (2010) Theoretical aspects of rights and obligations. *Arbitrazhnyj upravljajushhij=Arbitration Commissioner*, no. 5, pp. 36–38 (in Russ.)
7. Galperin S.I. (1898) The rights and obligations of a sworn trustee in a commercial insolvency case. Ekaterinoslav: Rotenberg, 159 p. (in Russ.)
8. Gilev K.E. (2022) Transfer of the debtor's documentation in bankruptcy procedures. *Voprosy rossijskoi justicii=Issues of Russian Justice*, no. 19, pp. 157–173 (in Russ.)
9. Karelina S.A. et al. (2019) Insolvency (bankruptcy). Vol. 1. Moscow: Statut, 923 p. (in Russ.)
10. Kaciyan N.S. (2018) The legal status of an insolvency practitioner: problems of legislative regulation. *Biznes. Obrazovanie. Pravo=Business. Education. Law*, no. 1, pp. 217–221 (in Russ.)
11. Koraev K.B. (2017) Theories of the bankruptcy commissioner. *Jurist=Lawyer*, no. 2, pp. 18–21 (in Russ.)

12. Shershenevich G.F. (1915) Russian civil law textbook. Vol. 2. Moscow: Bashmakov, 544 p. (in Russ.)
  13. Taj Ju. V. (2005) Legal aspects of the arbitration management. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 32 p. (in Russ.)
  14. Uskova T.V. (2017) Determining the legal nature of arbitration management. *Arbitrazhnyj i grazhdanskij protsess*=Arbitration and Civilian Process, no. 5, pp. 36–40 (in Russ.)
  15. Voropaev S. (2006) Submission of documents to archives in bankruptcy case. *Jurist*=Lawyer, no. 13, p. 32 (in Russ.)
- 

**Информация об авторах:**

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

С.В. Сятчихин — кандидат экономических наук, научный сотрудник.

**Information about the authors:**

M.A. Glevich — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

S.V. Syatchikhin — Candidate of Sciences (Economics), Researcher.

Статья поступила в редакцию 02.04.2021; одобрена после рецензирования 10.08.2021; принята к публикации 28.02.2022.

The article was submitted to the editorial office 02.04.2021; approved after reviewing 10.08.2021; accepted for publication 28.02.2022.

Научная статья

УДК 347.626

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.91.111

# Правовые последствия фактического прекращения брачных отношений для имущественных отношений супругов



**Елена Александровна Усачева**

Центральный филиал Российского государственного университета правосудия, Россия, Воронеж 394006, ул. 20-летия Октября, 95, [usacheva\\_e@inbox.ru](mailto:usacheva_e@inbox.ru), <https://orcid.org/0000-0001-6960-138X>



## Аннотация

Специфика режима имущественных правоотношений супругов, фактически прекративших брачные отношения, признается и воплощается в правовых нормах многих европейских правопорядков. В российском же семейном законодательстве отсутствует понятие «фактическое прекращение брачных отношений»; остается за рамками правотворческого внимания и правовое значение соответствующего факта для имущественных отношений супругов. Однако в тематической судебной практике за этим обстоятельством признается ряд существенных правовых последствий, до настоящего времени не получивших обобщения и осмысления в юридической доктрине. Основная цель настоящего исследования — на основе анализа судебной практики установить подлинное значение фактического распада семьи для имущественных отношений супругов, выявить его правовые последствия через систематизацию наиболее часто заявляемых требований и формулируемых правоприменительных позиций и оценить эти последствия на предмет их нуждаемости в законодательной систематизации. Установлено, что в судебной практике сформировано понятие о «фактическом прекращении брачных отношений» как полноценном факте-состоянии, влекущем за собой ряд правовых последствий, объединенных общим принципом: поскольку фактическое прекращение брачных отношений предполагает утрату лично-доверительных отношений и экономической общности супругов, постольку, по мнению судов, применительно к имущественным отношениям таких лиц данный факт имеет значение, эквивалентное значению факта прекращения брака. Правовые последствия фактического прекращения брачных отношений систематизированы и распределены

на две группы (выражающиеся в смещении границ действия законного режима супружеского имущества во времени; заключающиеся в переходе от презумпции совместного использования доходов, полученных от реализации или использования общей собственности, к презумпции их распределения). Обоснована целесообразность правотворческого осмысления результатов дискреционного творчества судов на предмет их соответствия социальным ожиданиям и морально-этическим требованиям общества, а также позиции и логике законодателя как в части признания за фактическим прекращением брачных отношений юридического значения в принципе, так и в части привязки к этому факту правовых последствий.

---



### Ключевые слова

супруги; брачные отношения; фактическое прекращение; имущественные отношения; бремя доказывания, законный режим; имущество супругов; общая совместная собственность.

---

---

**Для цитирования:** Усачева Е.А. Правовые последствия фактического прекращения брачных отношений для имущественных отношений супругов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4. С. 91–111. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.91.111.

*Research article*

## Legal Consequences of Marital Relationship Actual Termination for the Property Relationships of Spouses



**Elena A. Usacheva**

Central Branch, Russian State University of Justice, 95 Dvadsatiletia Oktyabria Str., Voronezh 394006, Russia, usacheva\_e@inbox.ru, <https://orcid.org/0000-0001-6960-138X>



### Abstract

The specific of the regime of spouses property relations who have actually terminated marital relations is recognized and embodied in the legal norms of many European legal orders. In the Russian Family Code there is no concept of “actual termination of the marital relations”; the legal significance of the relevant fact for the property relations of spouses remains outside the scope of lawmaking attention. However, in juridical practice, this circumstance has a number of significant legal consequences that have not yet received generalization and understanding in the legal doctrine. The main goal of this study is, based on the analysis of judicial practice, to establish the real significance of the actual breakdown of the family for the property relations of the spouses, to identify its legal consequences through the systematization of the most frequently stated requirements and formulated law positions, and to assess these consequences in terms of their need for legislative systematization. It has been established that in the current jurisprudence the idea of “actual termination of marriage” as a full-fledged fact-state, entailing a number of legal consequences, united by the general principle is formed: in the opinion of the courts, with respect to the property relations of such persons, this fact has a meaning equivalent to that of the fact of termination of the marriage. The legal consequences of the actual termination of marital relations are

systematized and divided into two groups (expressed in the shift in the boundaries of the legal regime of marital property in time; in the transition from the presumption of joint use of income received from the sale or use of common property to the presumption of their distribution). It has been proved the expediency of law-making interpretation of the results of discretionary creativity of the courts for their compliance with social expectations and moral and ethical ideas of society, as well as the position and logic of the legislator, both in terms of recognizing the actual termination of marital relations of legal significance in principle, and in terms of linking to this fact to legal consequences.



### **Keywords**

actual termination; marital relationship; property relations; spouses; burden of proof; legal regime; spouses' property; common joint property.

**For citation:** Usacheva E.A. (2022) Legal Consequences of Marital Relationship Actual Termination for Property Relationships of Spouses. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 91–111 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.91.111.

## **Введение. Постановка проблемы**

Семейный кодекс Российской Федерации (далее — СК РФ)<sup>1</sup>, отметивший в 2020 году 25-летний юбилей, был и остается одним из самых устойчивых нормативных актов российского законодательства. Количество внесенных в него за этот период изменений (преимущественно косметического характера) не достигло и 50. С одной стороны, допустимо полагать, что подобный подход свидетельствует о стабильности семейно-правового регулирования. С другой, приходится признать, что за рамками внимания законодателя остаются не только выявляемые практикой проблемы применения отдельных норм тех или иных семейно-правовых институтов. Порой системного правового регулирования лишены целые группы складывающихся семейных отношений. Среди них — отношения супругов, брак которых в результате фактического распада семьи утратил социологические признаки, но при этом сохранил правовое значение.

В соответствии с официальной позицией российского законодателя временные рамки брачных отношений по-прежнему ограничены моментом государственной регистрации брака и моментом его прекращения, определяемым по правилам ст. 25 СК РФ. Ни понятие «фактическое прекращение брачных отношений», ни правовые последствия разлучения супругов до настоящего времени не нашли отражения в нормах СК РФ (за исключением ситуационной нормы п. 4 ст. 38 СК РФ). Между тем количество споров между лицами, находящимися в браке при фактической утрате семейных отношений, наглядно демонстрирует распространенность этого социального

<sup>1</sup> Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

явления, указывает на дифференциацию складывающихся между участниками такого союза отношений от классических брачных и на востребованность их специального правового регулирования.

Закономерно, что при отсутствии реакции законодателя на обозначившийся социальный запрос поставленная задача решается силами правоприменительной практики за счет расширительного толкования правовых норм и свободного применения судами дискреционных полномочий. При этом масштабы использования названных инструментов за последние десять лет достигли таких пределов, что позволили судебной практике сформировать самостоятельное понятие о фактическом прекращении брачных отношений как правовом явлении.

Не ставя перед собой колоссальную задачу формирования комплексного представления об институте фактического прекращения брачных отношений в целом, в рамках настоящего исследования мы лишь предпримем попытку на основе анализа судебной практики осознать значение соответствующего факта для имущественных отношений супругов, а также выявить его правовые последствия через систематизацию наиболее часто заявляемых требований и формулируемых правоприменительных позиций. Тем самым мы получим основания для ответа на два главных вопроса: является ли фактическое прекращение брачных отношений юридическим фактом, влекущим значимые правовые последствия для супружеских правоотношений, и нуждаются ли эти последствия и их связь с фактическим распадом семьи в законодательном признании и систематизации.

Эмпирическую базу работы составили акты судов Российской Федерации различных уровней, вынесенные ими при рассмотрении дел в первой, апелляционной, кассационной и надзорной инстанции, а также Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) от 05.11.1998 № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака»<sup>2</sup> и другие акты судебного толкования и обобщения практики. Исследование основывается на диалектическом методе познания; при его проведении использованы общенаучные (обобщение и сравнение, логический и системный методы, метод комплексного анализа), а также специальные методы (технико-юридический, формально-юридический, метод толкования правовых норм).

## **1. Регулирование имущественных отношений супругов, фактически прекративших брачные отношения, за рубежом**

Необходимость изменения режима имущественных правоотношений супругов при прекращении фактических брачных отношений признает-

---

<sup>2</sup> Российская газета. 18.11.1998.

ся многими европейскими правовыми порядками. Так, Гражданское уложение Германии<sup>3</sup>, использующее модель отложенной общности для организации имущественных отношений супругов, устанавливает, что объем конечного имущества, принимаемого для расчета полученных в браке выгод, рассчитывается на момент прекращения режима имущественных отношений. При этом в ряде случаев супруги имеют право подачи иска о досрочном распределении нажитого в браке имущества и досрочного прекращения общности накопленных доходов. Среди его оснований указано, в том числе, и раздельное проживание супругов в течение не менее трех лет. При удовлетворении требования исчисления стоимости имущества применяется момент подачи иска о досрочном распределении, однако законный режим имущественных отношений сменяется режимом раздельности лишь после вступления в силу судебного решения (§1385, 1387, 1388). Кроме того, немецкое законодательство содержит дополнительные правила, регулирующие отношения раздельно проживающих супругов в вопросах средств на содержание (§1361), распределения предметов домашнего обихода (§1361a), использования супружеского жилья (§1361b).

Итальянская модель частичной общности супружеского имущества предусматривает два специфических правовых состояния супругов, брак которых не расторгнут — *la separazione personale* (личное разлучение) и *la separazione giudiziale* (юридическое разлучение). Личное разлучение (фактическое прекращение брачных отношений без расторжения брака) может быть принудительным или добровольным (ст. 150 Гражданского кодекса Италии<sup>4</sup>), связанным или не связанным с поведением одного из супругов (ст. 151) и применяется, когда совместная жизнь супругов невозможна или наносит ущерб интересам детей, а также в случае осуждения одного из супругов к отбыванию определенных видов уголовных наказаний (ст. 152) или отказа супруга от организации места жительства семьи (ст. 153). Принудительное личное разлучение производится в судебном порядке, добровольное подлежит судебному одобрению. При этом для прекращения состояния личного разлучения независимо от способа его установления достаточно прямого заявления супругов или их поведения, из которого явно следует воля возобновить семейные отношения (ст. 157).

Среди последствий личного разлучения ГК Италии называет: распределение опеки над детьми и обязанностей их содержания, определение порядка использования семейного жилья, взыскание алиментов в пользу не виновного в разлучении супруга. Кроме того, сепарация является основанием

<sup>3</sup> Bürgerliches Gesetzbuch. Available at: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (дата обращения: 29.05.2022)

<sup>4</sup> Codice Civile. Available at: <https://www.gazzettaufficiale.it/anteprema/codici/codiceCivile> (дата обращения: 29.05.2022)

прекращения общности имущества наряду со смертью одного из супругов или разделом имущества в судебном порядке (ст. 225). Момент прекращения общности определяется днем вынесения решения суда либо днем согласования судом соглашения супругов о разлучении. Постановление о разлучении подлежит государственной регистрации.

Юридическое разлучение (*la separazione giudiziale*), не связанное с раздельным проживанием супругов, производится в судебном порядке в случае признания одного из супругов недееспособным, неразумного управления общим имуществом, а также если поведение одного из супругов и беспорядок в его финансовых делах угрожают интересам общества, семьи, другого супруга, либо не позволяют покрывать потребности семьи сообразно нуждам и положению ее членов (ст. 193). При этом режим раздельности применяется с обратной силой со дня выдвижения соответствующего требования перед судом.

Возможность изменения законного режима общности имущества раздельно проживающих супругов до расторжения ими брака предусматривает и французское законодательство. Так, в соответствии со ст. 1441 Гражданского кодекса Франции<sup>5</sup> режим общности прекращается, в том числе в результате установления режима раздельного проживания супругов или ввиду установления раздельного режима их имущества. С этим моментом связываются все ключевые для имущественных правоотношений супругов последствия (определение состава имущества, последствия исполнения общих обязательств и распоряжения общим имуществом одним из супругов, права на компенсации и т.д.).

Французский режим раздельного имущества супругов являет собой аналог итальянского *la separazione giudiziale* и устанавливается в судебном порядке в случае отсутствия порядка в делах одного из супругов, ненадлежащего осуществления им управления или аморального поведения, создающих угрозу интересам другого супруга. Применяемый во Франции режим раздельности имеет срочный характер и прекращается, если требование о разделе не было предъявлено в течение трех месяцев и окончательное урегулирование не было осуществлено в течение года с момента начала раздела имущества (ст. 1444 ГК). С установлением режима связан полный переход от общности имущества супругов к его раздельности со дня предъявления соответствующего иска. Однако для взаимоотношений супругов (но не супругов и кредиторов) последствия прекращения общности могут быть перенесены на день прекращения совместного проживания или совместной деятельности (ст. 1442 ГК).

---

<sup>5</sup> Code civil. Available at: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (дата обращения: 29.05.2022)

Режим раздельного проживания, подобный *la separazione personale*, устанавливается в судебном порядке по тем же основаниям, что и расторжение брака (альтернативно — взаимное согласие, признание супругами наличия оснований прекращения отношений без указания соответствующих обстоятельств, окончательное ухудшение супружеских отношений, виновные действия) (ст. 229, 296 ГК Франции). Установление режима раздельного проживания, не прекращая брака, прекращает обязанность сожительства, влечет за собой переход к режиму раздельности имущества при сохранении наследственных супружеских прав и обязанностей касающихся содержания (ст. 299–304 ГК).

Возобновление совместного проживания при этом — процесс гораздо более формализованный, чем прекращение *la separazione personale* и осуществляется посредством подачи заявления о возобновлении совместного проживания, которое заносится на поля акта о регистрации брака, а также акта о рождении каждого из супругов. Такая же запись делается по инициативе нотариуса, составляющего акт о возобновлении супругами совместного проживания (ст. 1140 ГПК Франции<sup>6</sup>). Лишь при соблюдении этих условий возобновление совместного проживания имеет силу для третьих лиц. Интересно, что даже при возобновлении семейной жизни сохраняется режим раздельности имущества, если стороны не договорились об ином (ст. 304 ГК Франции).

Расторжение брака производится путем преобразования режима раздельного проживания супругов по истечении двух лет со дня разлучения, либо в любой момент по совместному заявлению супругов, если разлучение было произведено по взаимному согласию (ст. 306–307 ГК Франции). По отношению к третьим лицам установление режима раздельного проживания супругов считается состоявшимся единственно на основании предъявления выписки из соответствующего судебного постановления, содержащей его резолютивную часть, с приложенным к ней доказательством того, что оно подлежит исполнению (ст. 1148 ГПК Франции).

## **2. Анализ и оценка последствий фактического прекращения брачных отношений в отечественной юридической доктрине**

Поскольку установление момента фактического прекращения брачных отношений в абсолютном большинстве случаев не заявляется как самостоятельное требование, а рассматривается как доказательственный факт по

---

<sup>6</sup> Code de procédure civile. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGI-TEXT000006070716/> (дата обращения: 29.05.2022).

спорам, вытекающим из имущественных и неимущественных отношений супругов, постольку это явление не только не получило отражения в обзорах или позициях Пленума ВС РФ, но и оказалось лишено комплексного научного осмысления. В работах исследователей семейно-правовой доктрины о фактическом прекращении брачных отношений говорится обычно в контексте толкования нормы п. 4 ст. 38 СК РФ [Рабец А.М., 2016: 85–90]; [Рабец А.М., Бакаева М.К., 2016: 122–123]; [Громоздина М.В., 2017: 15–23]; [Слепко Г.Е., Стражевич Ю.Н., 2017: 113], выявления проблем применения положений ст. 35 СК РФ [Светличный А.Д., 2016: 24–27], оценки пределов судебного усмотрения при разрешении семейных споров [Тарусина Н.Н., 2019: 44]. Иные последствия этого факта крайне редко привлекают внимание исследователей [Записная Т.В., Загадаева С.Н., 2019: 121–125]; [Плеханова О.И., 2013: 135–137]; [Милицина Е.С., 2022: 202–203], а обнаружить в доктринальной литературе попытки их систематизации или оценки нам и вовсе не удалось.

Прежде чем приступать к разбору судебной практики в анализируемой сфере, необходимо сказать несколько слов о природе «фактического прекращения брачных отношений» как правового явления. В 2009 году Н.Н. Тарусина, затрагивая в монографическом исследовании проблематику «фактического развода», идентифицировала его как факт-состояние, имеющий значение для трех типов казусов: как основание иска об определении места жительства ребенка при раздельном проживании супругов, фактически брачную сущность утративших, или их соглашения по этому вопросу; в качестве признаваемого судом основательным мотива расторжения брака; как предпосылка для признания судом имущества, нажитого каждым из супругов в период их раздельного проживания при прекращении семейных отношений, собственностью каждого из них (п. 4 ст. 38 СК РФ) [Тарусина Н.Н., 2009: 605].

Интересно, что названный автор двояко оценивает разъяснения Пленума ВС СССР №9 от 28.11.1980<sup>7</sup>, которыми судам было разрешено признавать нажитое в период фактического прекращения семейных отношений и ведения общего хозяйства имущество супругов их раздельной собственностью. Такой подход, отмечает Н.Н. Тарусина, противоречил установленному Кодексу законов о браке и семье (КоБС РСФСР) и кодексам других союзных республик «категорическому императиву» общности супружеского имущества. В то же время заимствование этой позиции на уровне СК РФ видится автору адекватным многовариантной семейно-правовой действительности

---

<sup>7</sup> Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 28.11.1980 № 9 «О практике применения судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» // Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М., 1995. С. 90.

и отражающим разумную степень государственного давления на супругов в вопросе расторжения брака [Тарусина Н.Н., 2009: 607].

Соглашаясь с Н.Н. Тарусиной в оценке правовой природы «фактического прекращения брачных отношений» как факта-состояния (с чем согласны не все исследователи [Ульбашев А.Х., 2018: 42]<sup>8</sup>), дополним это утверждение указанием на временные рамки его существования — с момента фактического прекращения брачных отношений до момента прекращения брака. В этот период отношения супругов утрачивают лично-доверительный характер, а их экономическая общность распадается. Как отмечает В.В. Измайлов, при прекращении фактических супружеских отношений супруги предполагают, что их брак фактически прекращен, однако в силу прямого указания закона (п. 1 ст. 25 СК РФ) брак, расторгаемый в суде, признается прекращенным с момента вступления решения суда в законную силу. Соответственно, на отношения между супругами в период фактического прекращения семейных отношений распространяется семейное законодательство (специальные правила о законном режиме имущества супругов, особом порядке совершения сделок по поводу совместной собственности, иные имущественные последствия), что может не соответствовать их интересам [Измайлов В.В., 2020: 173]; некоторые особенности правового режима имущества раздельно проживающих супругов отмечает также некоторые другие исследователи [Гордеюк Е. В., 2016: 140].

Данные обстоятельства определяют необходимость изменения подхода к правовому регулированию возникающих и имеющихся отношений лиц, связанных юридическим, но не социологическим браком. Отметим также, что за прошедшие годы перечень казусов, для которых момент фактического прекращения брачных отношений имеет правовое значение, существенно расширился, а процесс его формирования еще не достиг своего логического завершения.

В качестве факта-состояния фактическое прекращение брачных отношений входит в предмет доказывания по различным категориям споров (их предмет не исчерпывается требованиями, вытекающими из семейных отношений), однако особое значение он приобретает в делах о разделе общего имущества супругов. Включение факта прекращения брачных отношений в предмет доказывания означает, что простой ссылки на пояснения сторон при вынесении решения по делу недостаточно, требуется его установление по общим правилам доказывания<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> По мнению А.Х. Ульбашева, юридические факты-состояния не могут быть внешне объективированы и должны рассматриваться в качестве элемента правоспособности.

<sup>9</sup> См., напр.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 24.09.2019 № 18-КГ19-94 // СПС КонсультантПлюс.

Систематизируя правовые последствия, признаваемые судебной практикой за фактическим прекращением брачных отношений применительно к имущественным правоотношениям супругов, распределим их на две группы.

### **3. Смещение временных границ действия презумпции общности имущества супругов как следствие фактического прекращения брачных отношений**

Первая группа включает последствия, связанные с фактическим прекращением экономической общности супругов и объединенные идеей смещения временных рамок действия законного режима супружеского имущества. Несмотря на то, что п. 1 ст. 34 СК РФ при определении границ действия режима общей совместной собственности ограничивает его периодом существования брака как факта-состояния (с момента заключения до момента прекращения), установление момента фактического прекращения брачных отношений создает условия для смещения даты прекращения действия данного режима на более ранний срок. Иными словами, фактическое прекращение брачных отношений сужает временные рамки действия законного режима имущества супругов.

Имущество, нажитое супругами в период фактического прекращения брачных отношений при раздельном проживании, может быть признано собственностью каждого из них. Это правило установлено уже упомянутой выше нормой п. 4 ст. 38 СК РФ. Даже беглый ее анализ позволяет сделать вывод о ситуационном характере использованного законодателем метода регулирования. Однако к 2021 году из поля зрения правоприменителя практически исчезли слова «может признать». При установлении фактического прекращения брачных отношений норма применяется как императивная, а отказы в ее применении связаны лишь с недоказанностью необходимого факта. Более того, в толковании, предложенном судами, падение презумпции общности настолько фатально, что предполагает возникновение обязанности доказывания «семейного» происхождения денежных средств, за счет которых после распада брачных отношений приобретено имущество, и возложение ее на опровергающее требование о применении п. 4 ст. 38 СК РФ лицо.

Так, Верховный Суд Российской Федерации, разрешая разногласия судов нижестоящих инстанций о распределении бремени доказывания происхождения денежных средств, за счет которых бывшей супругой в период фактического прекращения брачных отношений была приобретена квартира, указал, что для отнесения имущества к личной собственности супругов необходимо установить дату фактического прекращения семейных отношений и факт единоличного приобретения имущества супругом после их пре-

кращения. Обязанность доказывания факта расходования на приобретение спорной квартиры совместных денежных средств лежит на бывшем супруге, поскольку именно он заявляет соответствующие требования<sup>10</sup>. Доводы, что квартира была приобретена спустя два месяца после прекращения брачных отношений, при этом значимых доходов или личных накоплений супруга не имела, суд счел недостаточно убедительными.

Хотя рассуждения членов ВС РФ не лишены логики, вызывает сомнение их соответствие содержанию п. 4 ст. 38 СК РФ. Поскольку указанная норма сформулирована как ситуационная и предполагает использование дискреционных полномочий суда, очевидно, что при ее применении в ущерб презумпции ст. 36 СК РФ суд должен учитывать все обстоятельства дела, в том числе не оставлять без внимания вопрос: за счет каких средств это имущество приобретено. Сомнения в том, что имущество было приобретено за счет средств одного из супругов, на наш взгляд, является препятствием к применению п. 4 ст. 38 СК РФ, поскольку являет собой акт несправедливости к другому супругу. Между тем именно поддержание справедливого баланса интересов в деле составляет цель использования ситуационного метода при регулировании рассматриваемых отношений.

Нормы СК в их буквальном значении не признают за фактическим прекращением брачных отношений как юридическим фактом силы, достаточной для безусловного отпадения презумпции общности имущества. Однако именно такое категоричное толкование п. 4 ст. 38 СК дал ВС РФ, освободив опровергающего презумпцию супруга от доказывания происхождения использованных при покупке квартиры денежных средств исключительно на основании подтверждения фактического прекращения брачных отношений. Такой подход постоянно воспроизводят нижестоящие суды. На неоправданное сужение судьями действия презумпции общности приобретенного в браке имущества за счет расширительного применения п. 4 ст. 38 СК и на необходимость корректировки позиции ВС РФ обращает внимание А.М. Рабец, исходя из целесообразности защиты не столько интересов каждого супруга, сколько семьи [Рабец А. М., 2016: 89].

Если обсуждать целесообразность отказа от дискреции суда при применении п. 4 ст. 38 СК и придания последней императивного характера, то лишь при одновременном возложении на супруга, заявляющего соответствующие требования, обязанности доказывания не только факта прекращения брачных отношений, но и факта использования личных средств для приобретения имущества. В этом случае норма может быть сформулирована следующим образом: «Суд признает имущество, приобретенное каждым из

<sup>10</sup> См.: Определение Верховного Суда РФ от 18.05.2021 № 72-КГ21-1-К8 // СПС КонсультантПлюс.

супругов за счет его средств в период их раздельного проживания при прекращении семейных отношений, собственностью каждого из них». В действующей же редакции п. 4 ст. 38 оснований его применения исключительно исходя из доказанности фактического прекращения брачных отношений, на наш взгляд, не содержит.

Сужение временных рамок действия законного режима имущества супругов как последствие фактического прекращения брачных отношений выражается в изменении момента, на который определяется состав подлежащего разделу имущества. Данная позиция была сформулирована в Постановлении Пленума ВС РФ № 15 от 5.11.1998 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака»<sup>11</sup>: если после фактического прекращения семейных отношений и ведения общего хозяйства супруги совместно имущество не приобретали, суд в соответствии с п. 4 ст. 38 может произвести раздел лишь того имущества, которое являлось их общей совместной собственностью ко времени прекращения ведения общего хозяйства. В практике нижестоящих судов этот вывод воспроизводится при рассмотрении требований о разделе денежных средств, находящихся на банковских счетах<sup>12</sup>, ценных бумаг на инвестиционных счетах<sup>13</sup>, возведенных в период брака строений<sup>14</sup> и т.д. При этом состав подлежащего разделу имущества (состояние банковского или инвестиционного счета, степень готовности объекта) определяется на момент фактического прекращения брачных отношений, а не на момент прекращения брака или рассмотрения дела.

В русле логики изложенной позиции суды предлагают использовать момент фактического прекращения брачных отношений и для определения стоимости общего имущества супругов. Так, в Информационном письме Свердловского областного суда «Об актуальных вопросах, возникающих при разрешении споров о разделе совместно нажитого в период брака имущества» отмечено, что когда между датами прекращения брачных отношений (расторжения брака) и разделом имущества прошел значительный промежуток времени, а стоимость общего имущества за этот период уменьшилась (например, вследствие повреждения автомобиля в дорожно-транспортном происшествии), то при разделе имущества, исходя из обстоятельств дела, следует учитывать рыночную стоимость имущества на момент фактическо-

---

<sup>11</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 05.11.1998 № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» // Российская газета. 18.11.1998.

<sup>12</sup> См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 22.11.2019 по делу № 33-49058/2019 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>13</sup> См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 31.07.2018 № 5-КГ18-179г // СПС КонсультантПлюс.

<sup>14</sup> См.: Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 01.09.2016 по делу № 33-8668/2016 // СПС КонсультантПлюс.

го прекращения брачных отношений, излагая в решении соответствующие мотивы и оценку предъявленных суду доказательств<sup>15</sup>. Данную идею поддерживают и иные суды<sup>16</sup>. Следует отметить, что дата определения состава имущества переносится судами на день фактического прекращения брачных отношений императивно (исходя из расширительного толкования п. 4 ст. 38), а дата оценки стоимости имущества — ситуационно (в зависимости от наличия или отсутствия значимых изменений стоимости и их причин).

#### **4. Отпадение презумпции взаимной добросовестности и совместного использования доходов и исполнения обязательств как следствие фактического прекращения брачных отношений**

Вторая группа объединяет последствия фактического прекращения брачных отношений, связанные с утратой личных доверительных отношений между супругами и воплощающие в том или ином виде идею перехода от совместного использования доходов, полученных от реализации или использования общей собственности, к их распределению. Основная мысль может быть сформулирована следующим образом:

до даты фактического прекращения брачных отношений действует презумпция добросовестности супругов по отношению друг к другу, а все полученные от общего имущества выгоды считаются поступившими в семейный бюджет в общих экономических интересах;

после фактического прекращения брачных отношений каждый супруг приобретает самостоятельный экономический интерес. Основания для взаимного доверия и восприятия воли одного из супругов как общей воли утрачиваются. Таким образом, презумпция добросовестности супругов по отношению друг к другу прекращает действие, а реализация общего имущества одним из них рассматривается как основание возникновения у другого права на компенсацию причитающейся доли.

В качестве первого примера проанализируем, как трансформируются правила распределения бремени доказывания по делам, связанным с разделом

---

<sup>15</sup> Информационное письмо Свердловского областного суда «Об актуальных вопросах, возникающих при разрешении споров о разделе совместно нажитого в период брака имущества» (утверждено президиумом Свердловского областного суда 27.12.2018) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>16</sup> См.: Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 25.12.2019 по делу № 88-1114/2019 // СПС КонсультантПлюс; Апелляционное определение Московского городского суда от 30.11.2016 по делу № 33-43887/2016 // СПС КонсультантПлюс; Определение Московского городского суда от 24.07.2015 № 4г/7-7557/15 // СПС КонсультантПлюс; Апелляционное определение Московского областного суда от 02.02.2015 по делу № 33-2448/2015 // СПС КонсультантПлюс.

между супругами дохода от совершения сделок с общим имуществом в зависимости от соотношения момента совершения сделки и момента фактического прекращения брачных отношений. Из положений СК РФ и разъяснений Пленума ВС РФ следует, что владение, пользование и распоряжение общим имуществом по взаимному согласию супругов предполагается. Комплексное использование этой презумпции и общего правила ст. 56 ГПК РФ позволило судам сформировать единый подход к распределению бремени доказывания по спорам супругов о распределении дохода от совершения сделок с их общим имуществом: если один из супругов ссылается на отчуждение в период брака другим супругом общего имущества или его использование вопреки воле другого супруга и не в интересах семьи, то именно на него возлагается обязанность доказать данное обстоятельство. Если имущество реализовано в период брака и денежные средства от его продажи получены также в период брака, то именно на истца законом возложена обязанность доказать, что ответчик распорядился совместным имуществом в отсутствие согласия другого супруга и денежные средства потрачены им не в интересах семьи<sup>17</sup>.

Таким образом, при совершении сделки по распоряжению общим имуществом в период брака обязанность доказывания неполучения выгод от совершенной сделки по общему правилу лежит на заявляющем о данном факте супруге.

Однако стоит суду установить, что фактическое прекращение брачных отношений предшествовало совершению сделки с общим имуществом, как бремя доказывания перераспределяется и возлагается на ответчика (супруга, являвшегося стороной сделки). В судебных решениях отмечается, что нахождение в зарегистрированном браке не лишает одного из супругов права на получение причитающейся ему доли от реализации совместно нажитого имущества, особенно если к моменту соответствующей сделки фактически брачные отношения были прекращены. Обязанность предъявления достоверных и достаточных доказательств в подтверждение факта передачи причитающихся второму супругу денежных средств возлагается на супруга, распорядившегося имуществом<sup>18</sup>.

При доказанности факта получения денежных средств от продажи общей совместной собственности после фактического прекращения брачно-семейных отношений в отсутствие каких-либо объективных доказательств, подтверждающих, что частично вырученные от сделки денежные средства были

---

<sup>17</sup> См.: Определение Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 25.05.2021 по делу № 88-9332/2021 // СПС КонсультантПлюс; Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 19.12. 2017 по делу № 33-15170/2017 // СПС КонсультантПлюс; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 16.05.2017 № 4-КГ17-22 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>18</sup> См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 02.11.2020 по делу № 2-2234/2020 // СПС КонсультантПлюс.

переданы второму супругу или потрачены совместно на нужды семьи, исковые требования о взыскании компенсации стоимости доли второго супруга подлежат удовлетворению<sup>19</sup>. От бремени доказывания передачи денежных средств супруга, являющегося стороной сделки, не освобождает даже нотариально удостоверенное согласие другого супруга на ее совершение<sup>20</sup>. Более того, аналогичные правила применяются и в тех случаях, когда предметом спора выступает доход от использования общего имущества, а не его реализации (например, при сдаче общего имущества в аренду)<sup>21</sup>.

Обобщение изложенных позиций позволяет сделать следующий вывод: установление судом фактического прекращения брачно-семейных отношений рассматривается как основание для перераспределения между супругами обязанности доказывания передачи лицом, получившим доход от использования или реализации общего имущества, факта передачи другому супругу причитающейся ему доли. До фактического прекращения брачных отношений обязанность опровержения этого факта лежит на супруге, не являвшемся стороной сделки, после — обязанность его доказывания возлагается на супруга, непосредственно получившего доход.

Второе последствие фактического прекращения брачных отношений, включаемое в рассматриваемую группу, имеет значение при спорах супругов насчет отношений, возникающих в результате исполнения одним из них общего обязательства. Значение факта распада семьи для данной категории дел аналогично рассмотренному в предыдущем примере: утрата общности бюджета и экономического интереса, по мнению судов, предполагает возникновение у супруга, исполнившего общее обязательство после фактического прекращения брачных отношений, права на компенсацию в объеме выплаченных средств, соответствующем доле другого супруга. Спектр правовых оснований данного требования довольно разнообразен и включает, в частности, нормы о неосновательном обогащении<sup>22</sup>, об исполнении солидарной обязанности одним из должников (ст. 325 ГК РФ)<sup>23</sup>, об общих обязательствах супругов (п. 3 ст. 39, ст. 45 СК РФ)<sup>24</sup>. Обя-

---

<sup>19</sup> См.: Апелляционное определение Вологодского областного суда от 25.11.2016 № 33-6479/2016 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>20</sup> См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 16.05.2017 № 24-КГ17-6 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>21</sup> См.: Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 19.08.2021 по делу № 88-15027/2021 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>22</sup> См.: Апелляционное определение Воронежского областного суда от 20.06.2017 по делу № 33-4739/2017 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>23</sup> См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 18.02.2020 по делу № 33-7517/2020 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>24</sup> См.: Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 18.08.2021 № 88-18482/2021 // СПС КонсультантПлюс; Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 28.01.2020 по делу № 88-3247/2019 // СПС КонсультантПлюс.

занность доказывания факта выплаты компенсации или пропорционального участия в исполнении обязательства при этом возлагается на супруга-ответчика<sup>25</sup>. Одновременно фактическое прекращение брачных отношений рассматривается судами как достаточное доказательство факта исполнения общего обязательства за счет собственных средств супруга-плательщика.

Анализ и систематизация требований, заявляемых сторонами споров со ссылкой на фактическое прекращение брачных отношений, свидетельствуют о тенденции к расширению их перечня. Так, например, Судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ, рассматривая дело о разделе совместно нажитого имущества по кассационной жалобе бывшего супруга, отметила, что в случае передачи одним из супругов другому денежных средств после фактического прекращения брачных отношений к их отношениям применяются нормы ГК РФ о неосновательном обогащении, а на супруга-выгодоприобретателя возлагается обязанность доказать наличие законных оснований приобретения спорных денежных средств либо предусмотренных ст. 1109 ГК РФ обстоятельств, в силу которых эти денежные средства не подлежат возврату<sup>26</sup>. Встречаются и попытки (к счастью, пока безуспешные) придать моменту фактического прекращения брачных отношений юридическое значение, сопоставимое с прекращением брака, для целей наследования<sup>27</sup>. Иногда в литературе находит поддержку идея отстранения пережившего супруга от наследования в случае фактического прекращения брачных отношений. Так, М.Н. Малахова утверждает, что сохранение за пережившим супругом права наследования нарушает права наследодателя а также других наследников по закону По ее мнению наследодатель либо переживший его супруг уже выразили волеизъявление на прекращение брака которое при соблюдении надлежащей правовой процедуры влечет за собой утрату семейно-правового статуса и права на наследство; см.: [Малахова М.Н., 2015: 287–288]. Встречаются в доктрине и еще более экстравагантные предложения. В частности, П.А. Якушев, доказывающий целесообразность придания правового значения внебрачному сожительству и размышляющий над составом могущих возникнуть последствий, допускает правовую защиту такого союза — даже если один из внебрачных сожителей состоит в зарегистрированном браке с другим лицом, но при этом фактические семейные отношения с супругом прекращены и общего хозяйства не ведется; см.: [Якушев П. А., 2019: 110].

---

<sup>25</sup> См.: Апелляционное определение Верховного суда Республики Башкортостан от 09.07.2019 по делу № 33-13386/2019 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>26</sup> См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 30.03.2021 № 2-КГ21-2-К3 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>27</sup> См.: Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 25.09.2019 по делу № 33-13489/2019 // СПС КонсультантПлюс.

## **Заключение**

К настоящему времени в судебной практике сформировано понятие о «фактическом прекращении брачных отношений» как полноценном фактосостоянии, влекущем за собой целый ряд правовых последствий. Предмет настоящего исследования составляли последствия данного факта исключительно для целей регулирования имущественных правоотношений супругов, а пределы анализа были ограничены правоприменительными позициями по соответствующим категориям споров. Обобщение этих позиций позволяет сформулировать объединяющий их принцип: поскольку фактическое прекращение брачных отношений предполагает утрату лично-доверительных отношений и экономической общности супругов, постольку, по мнению судов, применительно к имущественным отношениям таких лиц данный факт имеет значение, эквивалентное значению факта прекращения брака.

Правовые последствия фактического прекращения брачных отношений, касающиеся имущественных правоотношений супругов, поддаются условному распределению на две группы.

Первая группа объединяет последствия, вытекающие из прекращения экономической общности супругов и выражающиеся в смещении границ действия законного режима супружеского имущества во времени. К ним относятся:

возможность оспаривания презумпции общности в отношении правового режима имущества, приобретенного после фактического прекращения брачных отношений (при этом ситуационная норма п. 4 ст. 38 СК РФ к настоящему моменту используется в правоприменительной практике как императивная);

императивный перенос на дату фактического прекращения брачных отношений момента, на который определяется состав имущества, подлежащего разделу (вместо момента прекращения брака), и ситуационный (применяемый в зависимости от обстоятельств дела) перенос на дату фактического прекращения брачных отношений момента, на который определяется стоимость имущества (взамен момента рассмотрения дела).

Вторая группа включает последствия, связанные с утратой супругами лично-доверительных отношений и приобретением каждым из них самостоятельного экономического интереса. Правовым результатом этих изменений является переход от презумпции совместного использования доходов, полученных от реализации или использования общей собственности, к презумпции их распределения. Получение одним из супругов выгод от имущества, подчиняющегося режиму общей совместной собственности, после фактического прекращения брачных отношений рассматривается как основание возникновения у другого супруга права на компенсацию причитающейся ему доли. К последствиям данной группы отнесем:

перераспределение между супругами бремени доказывания передачи лицом, получившим доход от использования или реализации общего имущества, факта передачи другому супругу причитающейся ему доли. До фактического прекращения брачных отношений обязанность опровержения этого факта лежит на супруге, не являвшемся стороной сделки, после — обязанность его доказывания возлагается на супруга, непосредственно получившего доход;

признание за супругом, исполнившим общее обязательство после фактического прекращения брачных отношений, права на компенсацию в объеме денежных средств, соответствующем доле другого супруга. При этом к отношениям супругов применяются, в том числе нормы гражданского законодательства об исполнении солидарной обязанности и о неосновательном обогащении. Исполнение обязательства за счет собственных средств супруга-плательщика презюмируется, а обязанность доказывания факта выплаты компенсации или пропорционального участия в исполнении обязательства возлагается на супруга-ответчика;

супруги, брачные отношения которых фактически прекращены, признаются автономными экономическими субъектами, не имеющими общего экономического интереса, в связи с чем при передаче одним из таких супругов другому денежных средств к их отношениям применяются нормы ГК РФ о неосновательном обогащении. А на супруга-выгодоприобретателя возлагается обязанность доказать наличие законных оснований для приобретения спорных денежных средств либо предусмотренных ст. 1109 ГК РФ обстоятельств, в силу которых эти денежные средства не подлежат возврату.

Изложенное не оставляет сомнений в обоснованности положительного ответа на первый из вопросов, поставленных в начале настоящей статьи: фактическое прекращение брачных отношений очевидно является юридическим фактом, влекущим значимые правовые последствия для супружеских правоотношений.

Относительно необходимости фиксации и систематизации данных правовых последствий в законодательстве отметим следующее. В рамках настоящей статьи не ставился вопрос о социально-экономической целесообразности и морально-нравственной обоснованности признания за фактическим прекращением брачных отношений специальных правовых последствий — отчасти по причине ограниченности предмета исследования, отчасти потому, что ответ на этот вопрос видится автору очевидным. Распространенность такого явления, как социологический распад брака при сохранении его правовой оболочки, и явственный социальный запрос на регулирование отношений участников этого союза как нельзя лучше иллюстрируют разнообразие заявляемых ими исковых требований.

Хотя специфика семейных отношений оправдывает широкое применение к ним ситуационного метода регулирования и судебного усмотрения, оче-

видно, что дискреционное творчество правоприменителя не должно быть безграничным и заменять нормы законодательства до степени, приводящей к утрате предсказуемости правового результата того или иного поведения участников правоотношений. О вероятности такой ситуации и ее опасности для стабильности правопорядка мы можем судить как исходя из тенденций работы судебной системы в целом, так и основываясь на фактах, выявленных в ходе настоящего исследования. Самостоятельное толкование судами единственной нормы п. 4 ст. 38 СК привело не только к необоснованному изменению ее методической окраски с ситуационной на императивную, но и к выработке за рамками семейного и процессуального законодательства целой системы «правил-невидимок», связывающих с установлением фактического прекращения брачных отношений кардинальное перераспределение доказательственного бремени. Поскольку же в имущественных спорах супругов доказывание по объективным причинам сплошь и рядом затруднено, презумпции и порядок распределения обязанности доказывания по данным категориям дел часто имеют ключевое значение для итогового решения, а потому они должны быть открытыми, ясными и понятными потребителям семейно-правовых норм.

В свете изложенного видится легкомысленным дальнейший отказ законодателя от выражения отношения к фактическому прекращению брачных отношений как к юридическому факту и полное делегирование права определения его последствий правоприменителю. Обильный материал судебной практики в данной сфере нуждается в скорейшем доктринальном и правотворческом осмыслении на предмет соответствия социальным ожиданиям и морально-этическим понятиям общества, а также позиции и логике законодателя как признания за фактическим прекращением брачных отношений юридического значения в принципе, так и привязки к этому факту правовых последствий.



#### **Список источников**

1. Гордеюк Е.В. Объекты правоотношений супругов, проживающих отдельно // Вестник экономической безопасности. 2016. № 4. С. 137–141.
2. Громоздина М.В. Правовые нюансы раздела общего имущества супругов в судебном порядке // Юридические исследования. 2017. № 9. С. 14–23.
3. Записная Т.В., Загадаева С.Н. Раздел имущества после фактического прекращения семейных отношений / Российское государство и право: история и современность: сборник статей. Отв. ред. В.В. Низовцев, Н.М. Реброва. Новочеркасск: Южно-Российский государственный политехнический университет М.И. Платова, 2019. С. 121–125.
4. Измайлов В.В. Защита прав супругов, расторгающих брак: правовая природа, формы и средства: дис. ... к. ю. н. М., 2020. 250 с.

5. Малахова М.Н. Наследование пережившим супругом: проблемы правового регулирования / Актуальные проблемы юриспруденции в современной России: сборник статей. Под ред. Н.В. Иванцовой, Н.М. Швецова. Йошкар-Ола: Межрегиональный открытый социальный институт, 2015. С. 283–289.
6. Милицина Е.С. Особенности распределения бремени доказывания по спорам о разделе имущества супругов // Евразийский юридический журнал. 2022. № 1. С. 202–203.
7. Плеханова О.И. Наследование пережившим супругом при фактическом прекращении брачных отношений // Глаголь правосудия. 2013. № 1. С. 135–137.
8. Рабец А.М. Презумпция общности имущества супругов, приобретенного в браке, пределы действия и тенденции правоприменительной практики // Вестник Омского университета. Серия: Право. 2016. № 3. С. 85 — 90.
9. Рабец А.М., Бакаева М.К. Действие правообразующей функции брака в нормах о законном режиме имущества супругов в Российской Федерации и в странах ближнего зарубежья // Вестник Омского университета. Серия: Право. 2016. № 1. С. 121–126.
10. Светличный А.Д. Предмет доказывания и доказательства по делам о признании недействительной сделки по распоряжению общим имуществом супругов (на примере транспортных средств) // Нотариус. 2016. N 7. С. 24–27.
11. Слепко Г.Е., Стражевич Ю.Н. Возникновение режима общей совместной собственности на имущество для супругов, один из которых является военнослужащим // Право в вооруженных силах — военно-правовое обозрение. 2017. № 4. С. 111–115.
12. Тарусина Н.Н. Семейное право. Ярославль: ЯрГУ, 2009. 615 с.
13. Тарусина Н.Н. Судебная практика по семейным делам: проблемы усмотрения на грани правотворчества // Lex Russica. 2019. № 5. С. 40–48.
14. Ульбашев А.Х. Брак в системе юридических фактов семейного права // Вестник Российской правовой академии. 2018. № 3. С. 37–44.
15. Якушев П.А. Фактические сожителства мужчин и женщин: проблемы институционализации в контексте традиционных ценностей // Государство и право. 2019. № 12. С. 104–112.



## References

1. Gordeyuk E.V. (2016) Objects of legal relations of spouses living separately. *Vestnik ekonomicheskoi bezopasnosti*=Bulletin of Economic Security, no. 4, pp. 137–141 (in Russ.)
2. Gromozdina M.V. (2017) Legal aspects of the division of common property of spouses in court. *Yuridicheskie issledovaniya*=Legal Studies, no. 9, pp. 14–23 (in Russ.)
3. Izmailov V.V. (2020) Protection of the rights of spouses dissolving a marriage: legal nature, forms and means. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 250 p. (in Russ.)
4. Malakhova M.N. (2015) Inheritance by a surviving spouse: legal regulation. In: *Issues of jurisprudence in modern Russia: a collection of articles*. N.V. Ivantsova, N.M. Shvetsov (eds.). Yoshkar-Ola: Interregional Open Social Institute, pp. 283–289 (in Russ.)
5. Militsina E.S. (2022) Features of the distribution of the burden of proof in disputes on the division of property of spouses. *Evraziiskii yuridicheskii zhurnal*= Eurasian Law Journal, no. 1, pp. 202–203 (in Russ.)

6. Plekhanova O.I. (2013) Inheritance by the surviving spouse upon the actual termination of marital relations. *Glagol' pravosudiya=Verb of Justice*, no. 1, pp. 135–137 (in Russ.)
7. Rabets A.M. (2016) The presumption of the community of property of spouses acquired in marriage, the limits of action and trends in law enforcement. *Vestnik Omskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya Pravo=Bulletin of Omsk State University. Series: Law*, no. 3, pp. 85–90 (in Russ.)
8. Rabets A.M., Bakaeva M.K. (2016) The effect of the law-forming function of marriage in regime of property of spouses in Russia and in neighboring countries. *Vestnik Omskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo=Bulletin of the Omsk State University. Series: Law*, no. 1, pp. 121–126 (in Russ.)
9. Slepko G.E., Strazhevich Y.N. (2017) The emergence of a regime of common property for spouses, one of whom is a military man. *Pravo v vooruzhennykh silakh=Law in the Armed Forces*, no. 4, pp. 111–115 (in Russ.)
10. Svetlichnyi A.D. (2016) The subject of proof and evidence in cases of invalidating a transaction on the disposal of the common property of the spouses ( example of vehicles). *Notarius=Notary*, no. 7, pp. 24–27 (in Russ.)
11. Tarusina N.N. (2009) Family law: Essays on classics and modernity. Yaroslavl: University, 615 p. (in Russ.)
12. Tarusina N.N. (2019) Judicial practice in family matters: problems of discretion on the verge of lawmaking. *Lex Russica*, no. 5, pp. 40–48 (in Russ.)
13. Ul'bashev A. Kh. (2018) Marriage in the system of legal facts of family law. *Vestnik Rossiiskoi pravovoi akademii=Bulletin of the Russian Law Academy*, no. 3, pp. 37–44 (in Russ.)
14. Yakushev P.A. (2019) Cohabitation of men and women: institutionalization in the context of traditional values. *Gosudarstvo i pravo =State and Law*, no. 12, pp. 104–112 (in Russ.)
15. Zapisnaya T.V., Zagadaeva S.N. (2019) Division of property after the actual termination of family relations. In: Russian state and law. History and modernity: collection of papers. V.V. Nizovtsev, N.M. Rebrova (eds.). Novochoerkassk: Southern Russian State Polytechnic Platov University, pp. 121–125 (in Russ.)

---

#### **Данные об авторе:**

Е.А. Усачева — доцент, кандидат юридических наук.

#### **Information about the author:**

E.A. Usacheva — Associate Professor, Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 07.12.2021; одобрена после рецензирования 09.08.2022; принята к публикации 02.09.2022.

The article was submitted to the editorial office 07.12.2021; approved after reviewing 09.08.2022; accepted for publication 02.09.2022.

Научная статья

УДК: 342.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.112.135

# Влияние современных тенденций международной миграции на формирование нормативной правовой базы регулирования миграции в Российской Федерации

---

 **Игорь Филиппович Амельчаков<sup>1</sup>, Ольга Владимировна Катаева<sup>2</sup>**

<sup>1,2</sup>Белгородский юридический институт МВД России имени И.Д. Путилина», Россия 308024, Белгород, ул. Горького, 71

<sup>1</sup>belui@mvd.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7232-9492>

<sup>2</sup>kataeva\_70@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9066-2424>

---

## Аннотация

Статья посвящена рассмотрению некоторых тенденций международной миграции и их влиянию на формирование нормативной правовой базы регулирования миграционных процессов в Российской Федерации, а также анализу факторов, объективно влияющих на мировые тренды в миграции. Пристальное внимание уделено рассмотрению различных аспектов феномена незаконной миграции как мировой проблемы, имеющей выраженную тенденцию к росту, в том числе ее влияние на состояние национальной безопасности государств. Исследуются проблемы правового регулирования вынужденной миграции в современных условиях нарастающей политической нестабильности, а также замещающей миграции как одного из путей решения демографического кризиса, наблюдающегося в ряде передовых государств. Рассматривается такое значимое явление современности, как глобализация мировых миграционных потоков, при этом обращается внимание на необходимость правового регулирования интеграции мигрантов в принимающий социум. Также в статье анализируются изменения, происходящие в структуре миграционных потоков, исследуется их трансформация в соответствии с социально-экономическими и политическими потребностями государств. На смену ориентации на неквалифицированную иностранную рабочую силу приходит политика привлечения

высококвалифицированных зарубежных специалистов, при этом Российская Федерация активно включается в борьбу за кадры высшей квалификации на международном рынке труда. Авторы поднимают острую проблему возросшего влияния миграционных процессов на глобальную санитарно-эпидемиологическую обстановку в условиях распространения коронавирусной инфекции COVID-19 и необходимости формирования отечественной модели правового регулирования миграции с позиций защиты национальной безопасности России от такого рода угроз. Констатируется двойственность международной миграционной политики, а также двойственный характер миграционной политики Российской Федерации, основанной на принципе селективной миграции. Формулируется вывод о значимости исследования мировых детерминант миграционных процессов для прогнозирования развития миграционной ситуации в России и формирования отечественного законодательства в сфере регулирования миграционных отношений, адекватно отзывающегося на вызовы и угрозы современного мира.



### Ключевые слова

нелегальная миграция, вынужденная миграция, демографический кризис, глобализация миграции, адаптация и интеграция мигрантов, трансформация миграционных потоков.

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

**Для цитирования:** Амельчаков И.Ф., Катаева О.В. Влияние современных тенденций международной миграции на формирование нормативной правовой базы регулирования миграции в Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4. С. 112–135. DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.112.135.

*Research article*

## Impact of Current International Migration on the Legal and Regulatory Framework for Migration Management in the Russian Federation



**Igor Ph. Amelchakov<sup>1</sup>, Olga V. Kataeva<sup>2</sup>**

<sup>1,2</sup> Putilin Belgorod Law Institute of Interior Ministry, 71 Gorkogo Str., Belgorod 308024, Russia.

<sup>1</sup> belui@mvd.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7232-9492>

<sup>2</sup> kataeva\_70@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9066-2424>



### Abstract

The article discusses international migration trends and their impact on the formation of migration regulatory framework in the Russian Federation, as well as the analysis of

factors influencing these trends worldwide. The authors point out to different aspects of the illegal migration phenomenon as the universal problem that has a marked tendency to increase including its impact on the national security of hosting states. The article examines problems of legal regulation of forced migration in contemporary situation of increasing political instability, as well as migration replacement as one of the ways to dealing with the demographic crisis observed in a number of developed countries. The globalization of the world migration flows are taken into consideration as a significant modern phenomenon, while special attention is drawn to the need for legal regulation of the integration of migrants into the hosting community. The article also explores into the changes in the structure of contemporary migration flows trends, examines their transformation in accordance with the socio-economic and political necessities of nations. The policy of attracting highly qualified specialists from abroad is replacing the guidelines for unskilled work force and the Russian Federation is actively engaged in the struggle for highly qualified personnel on the international labor market. The authors raise the acute problem of the increasing impact of migration processes on the sanitary and epidemiological situation in the world in the context of the COVID-19 spread. Hence, they emphasize the essential designing of a local model of the migration legal framework taking into account the protection of the national security of the Russian Federation from such threats. The authors consider the duality of the international migration policy, as well as the dual nature of the migration policy of the Russian Federation based on the principle of selective migration. In conclusion, the authors indicate the importance of studying the global benchmarks of migration processes for predicting the development of the migration situation in the Russian Federation and the passing of national migration legislation that adequately respond to the challenges and threats of the contemporary world.



## Keywords

Illegal migration, forced migration, demographic crisis, globalization of the migration, adaptation and integration of migrants, transformation of migration flows.

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

**For citation:** Amelchakov I. Ph., Kataeva O.V. (2022) Impact of Current International Migration on the Legal and Regulatory Framework for Migration Management in the Russian Federation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 112–135 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.112.135.

## Введение

Отечественные ученые, анализирующие геополитическую картину современного мира, отмечают период формирования новой глобальной многополярности, во многом характеризующийся нестабильностью, ростом кризисных явлений и политических конфликтов в новых, опасных формах [Карпович О.Г., 2016: 11–15]. При этом имеет место нарастание двух противоречивых процессов. С одной стороны — это формирование единых мировых пространств, т.е. глобализация, с другой, ряд государств все острее

ставит вопрос о своем суверенитете. Однако в результате воздействия совокупности этих политических факторов происходит интенсивное усиление процесса международной миграции [Краснова К.А., Сибгатуллина Э.Т., 2011: 6–9]. Сегодня феномен миграции – многофакторное явление, имеющее глобальный, всеохватывающий характер.

Отмечая положительный в целом потенциал миграции, научное сообщество говорит о ее влиянии на сближение культур разных народов, содействию мировому социально-экономическому и политическому прогрессу. Вместе с тем бесконтрольные и неуправляемые миграционные процессы отрицательно влияют на безопасность государств [Семенова А.В., 2016: 40–42]. Свидетельством того, насколько катастрофичной может быть угроза национальной безопасности в результате стихийного миграционного движения, стала пандемия, связанная с коронавирусом COVID-19. В целях сдерживания его распространения многие государства серьезно ужесточили миграционную политику, перестав принимать беженцев и закрыв на карантин миграционные лагеря<sup>1</sup>.

Перечисленные факторы вызывают небывалый интерес к исследованию миграционных проблем в отечественной и мировой науке, широкое их обсуждение в политических кругах и в обществе.

Россия занимает одно из ведущих мест по количеству мигрантов, что отражает переживаемый ею этап социально-экономического и политического прогресса. Включенность России в новые экономические интегрированные структуры<sup>2</sup> также способствует притоку мигрантов, который даже в условиях ограничений, связанных с явлением пандемии, продолжает оставаться значительным. По данным ГУВМ МВД России в 2020 году на миграционном учете было 9 802 448 иностранных граждан и лиц без гражданства, что существенно ниже допандемийного показателя (2019 год — 19 518 304). Вместе с тем после снятия ограничений в 2021 году на таком учете было 13 392 897 иностранных граждан, что говорит о сохраняющейся привлекательности нашей страны для мигрантов<sup>3</sup>.

Сегодня миграция остается одним из основных факторов, влияющих на формирование рисунка расселения и структуры населения, трудового потенциала территорий, поэтому одной из важнейших задач, стоящих перед современной Россией, является организация цивилизованной миграции, способной оказать позитивное влияние на состояние экономики и демографии в стране.

<sup>1</sup> Available at: URL: <https://russian.rt.com/world/article/734800-pandemiya-es-migracionnaya-politika> (дата обращения 23.10.2022)

<sup>2</sup> Договор о Евразийском экономическом союзе (Подписан в Астане 29.05.2014) (ред. от 01.10.2019) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>3</sup> Available at: URL: <https://ГУВМ.МВД.РФ> (дата обращения: 23.10.2022)

## **1. Современные тенденции в динамике миграционных процессов**

Миграция — явление, которое происходит как внутри страны, так и за пределами государства. Формы миграционного движения населения разнообразны. Одновременно отечественные ученые отмечают, что миграционная сфера, в отличие от иных областей государственного управления, не имеет необходимого правового регулирования [Воронов А.М., Сандугей А.Н., 2020: 52–56].

При этом исследование современных тенденций, наметившихся в динамике мировых миграционных процессов, таких как рост незаконной и вынужденной миграции, увеличение ее демографической значимости и влияния на санитарно-эпидемиологическую обстановку принимающих государств, глобализация миграционных потоков при растущей социальной изолированности мигрантов от принимающего социума и пр.<sup>4</sup>, позволяют с долей уверенности прогнозировать дальнейшее их развитие, что, в свою очередь, дает возможность принять административно-правовые меры, направленные на недопущение либо минимизацию негативных последствий миграции.

### **1.1. Необходимость формирования нормативной правовой базы противодействия незаконной миграции**

Рост нелегальной миграции происходит в мировом масштабе, что объясняется многими факторами, главный из которых — экономический. Трудящиеся-мигранты остаются наиболее дешевой рабочей силой, что делает их привлекательными для работодателей, несмотря на административные барьеры. Плачевный уровень жизни населения в ряде стран вынуждает их граждан соглашаться на низкие заработки и работу без трудового договора и социального пакета. Также способствуют активному развитию данной тенденции несовершенство миграционного законодательства, прозрачность многих межгосударственных границ.

Организация незаконной миграции и торговля людьми являются доходным криминальным бизнесом. По оценкам некоторых экспертов, ежегодно транснациональные преступные сообщества получают от этой преступной деятельности до 10 млрд. долл. [Тютюнник И.Г., 2017: 1–152]. Таким образом, причины и условия этого явления имеют глубокие социально-экономические корни, вследствие чего данная тенденция в обозримом будущем, скорее всего, будет сохраняться.

---

<sup>4</sup> Available at: URL: <https://www.genon.ru/GetAnswer.aspx?qid=841db030-502d-43d6-a593-c507d712d080> (дата обращения: 23.10.2022)

Незаконная миграция относится к главным стратегическим рискам и угрозам национальной безопасности России [Капинус О.С., 2016: 29–33]. Она продолжает оставаться фактором, способствующим повышению межнациональной и межконфессиональной напряженности, распространению экстремистских идей. Кроме того, к последствиям незаконной миграции относятся развитие теневой экономики за счет использования труда нелегальных мигрантов, рост этнической, интернациональной и трансграничной преступности, организованных форм этих явлений [Никитенко И.В., 2013: 93–94].

Нелегалами мигранты становятся как прибывая в страну без необходимых документов, так и утрачивая законные основания пребывания впоследствии, в период своего нахождения в стране. Так, немало иностранцев въезжает в принимающую страну на законных основаниях, но затем по разным причинам эти основания утрачивают, в результате чего становятся нелегалами [Прудников А.С., Акимова С.А., 2013: 953–960].

Имеется связь нелегальной миграции с международными преступными группировками, занимающимися организацией незаконной миграции, с криминальным бизнесом, связанным с подделкой и хищением документов, а также с ростом коррупции среди сотрудников ведомств, связанных с вопросами миграции [Трыканова С.А., 2015: 22–24].

На законодательном уровне в России противодействию незаконной миграции не уделено должного внимания, что подтверждается в первую очередь отсутствием ясных принципов и направлений противодействия этому негативному явлению. Поэтому отечественные ученые-административисты поднимают вопрос о необходимости принять консолидированный нормативный правовой акт, а именно — федеральный закон «О противодействии незаконной миграции» [Козлов В.Ф., Лукьянов А.С., 2015: 22–25]. Принятие такого акта позволило бы объединить усилия всех субъектов реализации государственной миграционной политики по противодействию незаконной миграции.

## **1.2. Значение модернизации правового регулирования вынужденной миграции**

Рост вынужденной миграции вызван территориальными конфликтами, военными действиями, национальными междоусобицами и др. Из всех типов международной миграции вынужденное перемещение людей является наиболее значимым с точки зрения правового регулирования, а также защиты и уважения прав и свобод человека [Егоров С.А., 2015: 424].

Поскольку эта категория лиц остро нуждалась в правовом регулировании их статуса, в числе первых нормативных документов, регламентиру-

ющих правовое положение иностранных граждан в современной России, были приняты: Федеральный закон «О беженцах», закрепивший общие основы правового статуса беженцев, основные процедуры его приобретения, а также основания утраты физическим лицом такого статуса<sup>5</sup> и Закон «О вынужденных переселенцах»<sup>6</sup>, ориентированный на решение проблем внутригосударственных вынужденных мигрантов.

В 2000-х гг. экономический рост страны обусловил ее привлекательность для трудовых мигрантов, что в целом соответствовало возрастанию роли трудовой миграции в мировой экономике. Акценты в регулировании миграционных процессов смещаются с проблем вынужденной миграции на определение правового статуса трудовых мигрантов, что обусловлено объективными обстоятельствами: если в 1997 г. численность признанных беженцев была около 240 тыс. чел., то в 2000-е гг. она составляла 500–800 чел. [Петровская М.И., 2015: 211–221].

В 2014 году российское общество столкнулось с новой волной беженцев из Юго-Восточной Украины, где развернулись боевые действия заставившие часть граждан покинуть населенные пункты. По некоторым данным, общее число таких мигрантов на территории России тогда составляло до 850 тыс. человек [Антипьев К.А., 2015: 12–16]. Многие из них воспользовались Государственной программой по оказанию содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом»<sup>7</sup>, что положительно повлияло как на демографию России, так и на ее экономику [Семенова А.В., 2016: 40–42].

В 2022 году обострение геополитической обстановки вызвало новый всплеск вынужденной миграции. Россия столкнулась с небывалой по масштабу проблемой социального и гуманитарного характера, связанной с массовым наплывом беженцев, вскрывшей насущную потребность обновления отечественного законодательства о вынужденной миграции. Не урегулированная должным образом вынужденная миграция потенциально угрожает национальной безопасности государства, может привести к росту социальной напряженности внутри страны, а также осложнить международные отношения. Поскольку основополагающие нормативные правовые документы в данной области были приняты в отличавшихся от современных политических и социально-экономических условиях, требуется совершенствование

---

<sup>5</sup> Федеральный закон от 19.02.1993 № 4528-1 «О беженцах» // Российская газета. № 126. 03.06.1997.

<sup>6</sup> Закон Российской Федерации от 19.02.1993 № 4530-1 «О вынужденных переселенцах» // СЗ РФ. 1995. № 52. Ст. 5110.

<sup>7</sup> Указ Президента РФ от 14.09.2012 № 1289 «О реализации Государственной программы по оказанию содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом» // СЗ РФ. 2012. № 38. Ст. 5074.

отечественной правовой базы регулирования вынужденной миграции [Булатов Р.Б., Андрейцо С.Ю., 2021: 7–10]; [Петровская М.И., 2021: 44–53].

В целях реагирования на новые угрозы национальной безопасности, связанные с массовой вынужденной миграцией, в МВД разработан проект Федерального закона «О предоставлении убежища на территории Российской Федерации»<sup>8</sup>. В законопроекте предложен унифицированный подход к определению правового положения лиц, ходатайствующих об убежище в России, лиц, получивших и утративших убежище, порядку обращения за убежищем и принятия соответствующих решений. Вместе с тем, дублируя положения Федерального закона «О беженцах» в части, касающейся оснований временного убежища, которые исходят из «гуманных побуждений», указанный законопроект их перечня не раскрывает (так же, как и действующее законодательство), что с его вступлением в силу не позволит разрешить накопившиеся проблемы правоприменительной практики.

Таким образом, современная кризисная миграционная обстановка в мире и повышение миграционного давления остро ставят проблему необходимости дальнейшего совершенствования законодательства в сфере регулирования вынужденной миграции.

### **1.3. Актуальность регулирования потоков международной миграции для решения демографических проблем**

Следующая серьезная глобальная тенденция — увеличение демографической значимости международной миграции. Ныне она является одним из основных факторов стабилизации численности населения Земли, и многие развитые государства решают свои демографические проблемы в основном за счет миграционного притока. В социально-экономическом и демографическом развитии нашей страны миграционные процессы также играют значительную роль. Миграционный прирост в значительной степени компенсировал до половины естественной убыли населения России [Степанов А.В., 2013: 20–23].

Основные направления отечественной политики в области народонаселения определены в Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года: демографическая политика направлена в том числе на регулирование внутренней и внешней миграции и на улучшение на этой основе демографической ситуации внутри страны. Осознание важности роли иммиграции в динамике численности населения страны на государственном уровне совпадает с мнением отечественных исследовате-

---

<sup>8</sup> Проект Федерального закона «О предоставлении убежища на территории Российской Федерации» (подготовлен МВД России 25.01.2022). Available at: URL: <https://base.garant.ru/56908666/> (дата обращения: 23.10.2022)

лей, что усилиями только демографической политики не может быть решена проблема дефицита трудовых ресурсов, ее реализация принесет результаты не ранее 2025 года, поэтому в ближайшие годы миграция останется важнейшим источником компенсации нехватки трудовых ресурсов [Мукомель В.И., 2012: 28–33].

В связи с этим Указом Президента Российской Федерации Правительству Российской Федерации поставлена задача обеспечить реализацию мер, направленных на совершенствование миграционной политики, особое внимание уделив участию России в программах гуманитарной миграции, а также в разработке и реализации программ социальной адаптации и интеграции мигрантов<sup>9</sup>.

Значительное внимание решению демографических проблем отведено составителями Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на 2019–2025 годы<sup>10</sup>, цель которой — создание миграционной ситуации, способствующей решению задач в том числе в сфере демографического развития страны. При этом в качестве основного принципа отечественной миграционной политики декларирована комплексность решения ее задач.

Огромным потенциалом в данной области обладает Государственная программа содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом<sup>11</sup> поскольку реализация ее положений позволяет смягчать демографические проблемы участвующих регионов. Вместе с тем ярко выраженная ориентированность данного программного документа на профессиональные критерии мигрантов ограничивает возможности участия в ней социально незащищенных категорий лиц. Это в значительной степени снижает возможности переселенческого процесса [Воробьева О.Д. и др., 2021: 24].

Необходимо искать пути преодоления проблем, не позволяющих реализовывать идею возвращения соотечественников, проживающих за рубежом, на историческую Родину в Российскую Федерацию. В этих целях необходимо оперативно устранять возникающие противоречия и предлагать новые пути правового регулирования замещающей миграции в целях преодоления демографических проблем.

---

<sup>9</sup> Указ Президента Российской Федерации от 7.05.2012 № 606 «О мерах по реализации демографической политики Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 19. Ст. 2343.

<sup>10</sup> Указ Президента РФ от 31.10.2018 № 622 «О Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на 2019 — 2025 годы» // СЗ РФ. 2018. № 45. Ст. 6917.

<sup>11</sup> Указ Президента Российской Федерации от 22 июня 2006 г. № 637 «О мерах по оказанию содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом» (вместе с «Государственной программой по оказанию содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом» // СЗ РФ. 2006. № 26. Ст. 2820.

#### **1.4 Обусловленность систематизации миграционного законодательства участием России в глобальных миграционных процессах**

Еще одна яркая тенденция, наметившаяся в современных миграционных процессах — глобализация мировых миграционных потоков. Эта тенденция связана с тем, что структура международных отношений продолжает постоянно усложняться. Как отмечается в Концепции внешней политики Российской Федерации<sup>12</sup>, в современном мире происходят серьезные перемены, связанные с формированием полицентричной международной модели. В геополитической картине мира наблюдается интенсивно протекающий процесс глобализации, связанный с формированием различного рода единых пространств — информационного, экономического [Ястребов О.А., Парфентьева А.Е., 2016: 32–36]. Нарастающее воздействие глобализации [Яковлева Л.В., 2016: 3–6] на все общественные процессы приводит в свою очередь к углублению процессов интеграции [Остроумов Н.Н., 2015: 140–143], вызывая активизацию мобильности населения многих стран<sup>13</sup>.

Глобализации уделяют значительное внимание научные и политические круги. Это явление имеет сторонников и противников. Сторонники глобализации выдвигают оптимистические идеи о том, что она будет способствовать объединению разных стран в борьбе с мировыми проблемами и поможет устранить межгосударственные конфликты. Ее противники, напротив, подчеркивают ее отрицательные последствия, которые, по их мнению, ведут к углублению мирового неравенства.

Между тем глобализация — такой же объективный процесс, как и другие социально-экономические и политические процессы [Вельяминов Г.М., 2015: 11]. Являясь одной из главных тенденций XXI века, связанных с единством мирового сообщества, упрочением взаимозависимости государств, диктующим им необходимость взаимодействовать друг с другом и с глобальной системой в целом в качестве ее составных частей [Лукашук И.И., 2000: 24], активизируя мобильность населения, глобализация обуславливает небывалую интенсивность миграционных форм общего мирового глобализационного процесса.

Глобальные миграционные процессы, затрагивая все стороны жизни российского общества, непосредственно влияют на правовую среду их регулирования, вытесняя прежние правовые регуляторы, сформированные в советскую эпоху. Таким образом, процессы глобализации способствуют по-

<sup>12</sup> Указ Президента Российской Федерации от 30.11.2016 № 640 «Об утверждении Концепции внешней политики Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 49. Ст. 6886.

<sup>13</sup> Концепция «Русская школа за рубежом» (утв. Президентом Российской Федерации) // СПС КонсультантПлюс.

явлению новой иерархии правовых норм и правовых ценностей отечественного права [Гафуров Я.М., 2016: 19–24].

Российские ученые отмечают значительные объемы нормативных правовых актов, регулирующих миграционные отношения, а также противоречия между ними, выражающиеся в коллизиях правовых норм, пробелах правового регулирования, избыточности норм, имеющих отсылочный характер [Дегтярева Л.Н., Дудин М.Н., 2019: 32–34]. Поэтому в научных и политических кругах неоднократно поднимался вопрос о необходимости принятия Миграционного кодекса, который создал бы систему внутренне согласованных, органически взаимосвязанных, функционально взаимодействующих, направленных на достижение общих конечных целей правовых явлений [Савельева М.В., 2016: 18–21]. Действительно, систематизация законодательства в сфере миграции даст возможность устранить содержащиеся в нем неточности и противоречия, являющиеся во многом следствием вовлечения России в глобальные процессы международной миграции.

Начало этой деятельности положено при подготовке законопроекта «Об условиях въезда (выезда) и пребывания (проживания) в Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства»<sup>14</sup>, который вобрал в себя предметы регулирования нескольких действующих сегодня нормативных правовых актов в сфере регулирования миграционных процессов. Однако после вступления в силу данного акта необходимо продолжать консолидацию российского миграционного законодательства с дальнейшей постановкой вопроса о его кодификации.

### **1.5. Востребованность законодательного разрешения проблемы социальной изоляции мигрантов от принимающего социума**

Все с большей остротой встает проблема, связанная с нарастанием мировой тенденции пространственной сегрегации мигрантов. Как известно, в результате миграции изменяется образ жизни человека, его место жительства, круг общения. При этом в ряде случаев проблема состоит не только в том, что мигранты должны адаптироваться к местным условиям, но и в том, что коренное население должно принаравливаться к их культуре и образу жизни. Приходится констатировать, что в мировом масштабе возникают проблемы, сопряженные с притоком иммигрантов — выходцев из социумов с иными традициями и культурой межэтнических взаимодействий, и эти проблемы перерастут в глобальный кризис, если не удастся адаптировать и интегрировать таких граждан в принимающее сообщество.

---

<sup>14</sup> См.: <https://regulation.gov.ru> (дата обращения: 02.05.2022)

Мировой опыт путей решения данного вопроса включает такие варианты интеграции, как «ассимиляция» и «сосуществование культур». Вопрос, какая модель интеграции мигрантов в большей степени подходит России, остается открытым. Россия является страной, в которой множество национальностей и религиозных групп имеет возможности исповедовать собственную религию и соблюдать национальные традиции, жить компактными группами. Вместе с тем в политических и научных дискуссиях отстаивается необходимость сохранения русского этноса, русского ядра российской нации, русского языка и православия. Вероятно, российской культуре подойдет промежуточная модель, которая включала бы элементы ассимиляции и сосуществования культур. Однако вопрос, каким видится соотношение этих элементов, остается открытым при отсутствии законодательно принятой модели интеграции мигрантов, а, соответственно, ясных целей и механизмов ее реализации [Скоробогатова В.И., 2015: 5–7].

Ныне в целях укрепления межнациональных отношений, содействия интеграции мигрантов в принимающую среду в некоторых регионах России создаются центры социально-культурной адаптации мигрантов, которые решают задачи реализации государственной национальной политики на территории субъектов федерации. Это способствует созданию благоприятных условий этнокультурного развития народов, сохранения культур, языков, традиций и обычаев, формированию толерантного сознания, упрочению общероссийской гражданской идентичности [Просьянникова Т.С., 2013: 12–16], в том числе в форме национально-культурных автономий как разновидностей общественных объединений, осуществляющих деятельность, направленную на социальную и культурную адаптацию и интеграцию мигрантов.

По мнению экспертов, интеграция и адаптация мигрантов должны стать основными направлениями реализации миграционной политики государства. Постановлением Правительства Российской Федерации<sup>15</sup> утверждена подпрограмма «Социально-культурная адаптация и интеграция мигрантов в Российской Федерации», включающая разработку и внедрение методических и образовательно-просветительских программ, справочных изданий, других ресурсов информационного сопровождения социально-культурной адаптации и интеграции мигрантов. Среди целевых индикаторов и показателей социально-культурной адаптации и интеграции мигрантов в России названы: доля граждан, положительно оценивающих состояние межнациональных отношений в общей численности граждан страны, а также уровень общероссийской гражданской идентичности.

<sup>15</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 29.12. 2016 № 1532 «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Реализация государственной национальной политики» // СЗ РФ. 2017. № 2 (Часть I). Ст. 361.

## **1.6. Развитие законодательного обеспечения селективности миграционных потоков**

В качестве важной мировой тенденции современной миграции необходимо выделить трансформацию миграционных потоков, т.е. качественные изменения в миграции, например, в сторону увеличения в ней доли лиц с высоким уровнем образования и квалификации. Так, зарубежные страны, принимающие мигрантов, конкурируют между собой за привлечение иностранных высококвалифицированных специалистов. Начиная с прошлого столетия в США и в странах Западной Европы велась активная законодательная работа, направленная на разработку нормативных актов, закрепляющих дифференцированный подход к иммигрантам, который поддерживается действующими законами этих стран [Андриченко Л.В., 2011: 5–16].

Посредством селективного подхода в страны-реципиенты привлекаются высококвалифицированные специалисты, инвесторы, предприниматели, носители востребованных профессий из-за рубежа. Для этого разрабатываются механизмы избирательной миграции, в соответствии с которыми кандидатам на получение работы необходимо набрать определенное количество баллов. Количество баллов складывается в зависимости от возраста, образования, квалификации, профессии и др. [Алексеева Г.И., Приженникова А.Н., 2014: 33–42]. Также законодательно установлены строгие требования к знанию языков как условие благополучной интеграции в местное общество [Власов И.С., Голованова Н.А., 2012: 490]. Такие системы действуют уже длительное время, например, в Канаде — с 1967 г., в Австралии — с 1989 г., в Новой Зеландии — с 1991 г., в Великобритании — с 2006 г.<sup>16</sup>

Перед Россией стоит задача модернизации ее экономики и дальнейшего инновационного развития, в связи с чем назрела необходимость в реформировании миграционной политики. Если ранее делался упор на привлечение неквалифицированной рабочей силы, то в последнее время он сделан именно на квалифицированных работников. В 2010 г. на законодательном уровне выделена категория иностранных граждан–высококвалифицированных специалистов, ставших полноценным субъектом административных, трудовых и гражданско-правовых отношений [Бакшеева Ю.Н., 2013: 15–21]. Данной категории работников создаются привлекательные условия, поощряются российские работодатели, привлекающие высококвалифицированных иностранных специалистов.

Селективность подхода к различным категориям мигрантов поддержана Концепцией государственной миграционной политики Российской Федерации, в соответствии с положениями которой одной из задач отечественной

---

<sup>16</sup> Immigration, Asylum and Nationality Act 2006. Available at: [https://http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/plain/ukpga\\_20060013\\_en](https://http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/plain/ukpga_20060013_en) (дата обращения: 28.07.2021)

миграционной политики является совершенствование механизмов, создающих благоприятные условия пребывания в стране иностранных граждан, которые благодаря своей трудовой деятельности, знаниям и компетенциям способны содействовать экономическому, социальному и культурному развитию страны<sup>17</sup>.

Однако остается ряд не урегулированных законодательством вопросов, касающихся как получения статуса иностранного высококвалифицированного специалиста, так и социальной защиты данной категории граждан, а также их семей, находящихся совместно с ними на территории России (речь идет о пособиях по временной нетрудоспособности, выплатах при несчастных случаях и др.) Все это вызывает необходимость совершенствования регулирования статуса иностранного высококвалифицированного специалиста.

Зрелая иммиграционная политика предполагает долгосрочность, поэтому еще одна сторона качественных изменений в структуре международной миграции связана с привлечением обучающихся из-за рубежа. Образовательная миграция и международные перемещения ученых и преподавателей с целью осуществления ими научной и преподавательской деятельности занимают все более заметное место в структуре международной миграции. В целях развития отечественной науки, профессионального образования, повышения уровня подготовки кадров для различных отраслей экономики ставится задача создания благоприятного режима для свободного перемещения иностранных обучающихся, а также научных и педагогических работников<sup>18</sup>.

В последние годы в законодательном регулировании образовательной миграции в России произведены значительные изменения, направленные на совершенствование административно-правового статуса иностранных обучающихся, связанные с возможностью их трудовой деятельности в период обучения<sup>19</sup>, а также получения в упрощенном порядке российского гражданства выпускниками российских образовательных или научных организаций из числа иностранных граждан, проживающих на территории государства<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Указ Президента Российской Федерации от 31.10. 2018 № 622 «О концепции миграционной политики Российской Федерации на 2019–2025 годы» // СЗ РФ. 2018. № 45. Ст. 6917.

<sup>18</sup> См.: Там же.

<sup>19</sup> Федеральный закон от 06.02.2020 № 16-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» в части упрощения порядка трудоустройства в Российской Федерации обучающихся в российских профессиональных образовательных организациях и образовательных организациях высшего образования иностранных граждан и лиц без гражданства» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>20</sup> Федеральный закон от 24.04.2020 № 134-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О гражданстве Российской Федерации» в части упрощения процедуры приема в гражданство Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства» // СПС КонсультантПлюс.

Для создания иностранным обучающимся в России комфортного режима образования и профессиональной деятельности на ее территории, необходимо системное совершенствование законодательства, регулирующего административно-правовой статус иностранных граждан, обучающихся в нашей стране.

### **1.7. Реагирование законодательства на усиливающееся влияние миграционных процессов на санитарно-эпидемиологическую обстановку**

Доминирующими факторами, определяющими развитие законодательства государств, принимающих мигрантов, ныне стали факторы санитарно-эпидемиологические. Глобализация миграционных потоков, несомненно, во многом способствовала стремительному распространению коронавируса COVID-19, ставшего причиной вспышки инфекционного заболевания, которую Всемирная организация здравоохранения 11.03. 2020 признала пандемией<sup>21</sup>.

Борьба с пандемией COVID-19 во многих странах послужила причиной беспрецедентных ограничений права на свободу передвижения как через границы, так и внутри государств. Необходимо отметить, что с при вспышках болезней ограничение передвижения лиц распространенное явление, значительно влияющее на социальные процессы, как, например, во время эпидемии лихорадки Эбола в Западной Африке [Илесанми М.А., 2018: 59–65]. При этом каждое государство принимало собственный перечень мер против коронавирусной инфекции, целесообразность которых полностью предстоит оценить в будущем, проанализировав ошибки и просчеты, допущенные при введении ограничительных мер, а также выявив положительный опыт стран, успешно противостоявших пандемии.

По оценкам оперативно составленного экспертами НИУ ВШЭ рейтинга справляющихся с угрозой пандемии государств, лидирующие позиции в нем заняли Австралия, Польша и Япония. Россия также в свое время вошла в первую десятку рейтинга, занимая седьмую строку — между Австрией и Францией<sup>22</sup>. Такой достаточно высокий показатель государственного контроля над санитарно-эпидемиологической обстановкой объяснялся своевременным принятием Правительством и МВД России необходимых мер предотвращения распространения коронавирусной инфекции, включающих ограничение въезда иностранных граждан, за исключением некоторых

---

<sup>21</sup> Available at: URL: <https://www.bel.kp.ru/daily/27103.4/4176804/> (дата обращения: 23.10.2022)

<sup>22</sup> Available at: URL: <https://www.the-village.ru/village/city/news-city/385721-pandemiya> (дата обращения: 23.10.2022)

категорий<sup>23</sup>. Об этих мерах МИД России уведомил иностранные государства с разъяснением исключительно временного их характера и обоснованностью особыми обстоятельствами.

С целью недопущения на территорию страны новой коронавирусной инфекции распоряжением Правительства России временно ограничивалось движение через государственную границу, при этом ограничение на выезд/въезд как для иностранных граждан, так и для россиян также предусматривало исключения для некоторых категорий лиц, перечисленных в данном нормативном акте<sup>24</sup>. Этими мерами Правительство России ограничило приток иностранных граждан в страну, снизив таким образом риски лавинообразного заболевания, вызванного коронавирусом.

Как сказано выше, запрет не распространяется на ряд категорий иностранных граждан, например, имеющих близких родственников–граждан России, а также на лиц, постоянно проживающих в России, и лиц, являющихся участниками и членами семей участников Государственной программы по оказанию содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом. В отношении таких лиц Роспотребнадзору и его территориальным органам предписывается осуществлять необходимые санитарно-карантинные меры контроля при въезде в страну.

Кроме того, Письмом МВД России от 19.03.2020 для иностранных граждан введены новые миграционные правила<sup>25</sup>, включающие правила получения и продления разрешительных документов на пребывание и проживание в Россию, разрешений на работу и патентов. Так, для иностранных граждан, прибывших в визовом режиме, вне зависимости от цели въезда, продлевался срок действия имеющихся виз на срок до 90 дней, а при истечении срока действия виз срок временного пребывания таких иностранных граждан продлевался до 90 дней. Иностранцам, прибывшим в Россию в безвизовом режиме при истечении у них разрешенного срока временного пребывания этот срок также продлевался до 90 дней. При отсутствии миграционных карт им выдавали дубликаты, их ставили на миграционный

---

<sup>23</sup> Распоряжение Правительства Российской Федерации от 16.03.2020 № 635-р «О временном ограничении въезда в Российскую Федерацию иностранных граждан и лиц без гражданства и временном приостановлении оформления и выдачи виз и приглашений» // СПС КонсультантПлюс (утратило силу).

<sup>24</sup> Распоряжение Правительства Российской Федерации от 27.03.2020 № 763-р «О временном ограничении движения через автомобильные, железнодорожные, пешеходные, речные и смешанные пункты пропуска через государственную границу Российской Федерации, а также через сухопутный участок российско-белорусской государственной границы» // СПС КонсультантПлюс (утратило силу).

<sup>25</sup> Письмо МВД России от 19.03. 2020 №1/2964 «О дополнительных мерах по предупреждению распространения коронавирусной инфекции (2019-nCoV)» // СПС Гарант.

учет. К таким иностранным гражданам при нарушении ими миграционного законодательства не применялись суровые меры административного воздействия: административное выдворение за пределы страны, депортация и реадмиссия.

Одновременно была продолжена выдача разрешений на привлечение и использование иностранных работников, а также разрешений на работу иностранным гражданам, которые находились на территории страны на законных основаниях, принимались заявления о выдаче патента. Таким образом, фактически в условиях пандемии на территории страны была объявлена своеобразная миграционная амнистия, возможность которой активно обсуждается в научных и политических кругах [Казарян К.В., 2018: 37–39].

Ограничения права на свободу передвижения в период пандемии коснулись не только внешней миграции, но и внутренних миграционных процессов в ряде государств. В России режима полного карантина не было, однако в крупных городах и регионах вводился режим самоизоляции и вместе с ним — отдельные ограничительные меры.

Итак, возросшее негативное влияние как внешней, так и внутренней миграции на санитарно-эпидемиологическую обстановку в условиях пандемии вызвало необходимость принятия мер административно-правового регулирования, адекватных этим процессам и направленных на их сдерживание, вследствие чего наблюдалось существенное сокращение миграционных потоков. После снятия ограничений миграционные потоки усилились вновь, что подтверждает актуальность принятия на законодательном уровне адекватных мер регулирования миграции с точки зрения санитарно-эпидемиологического благополучия населения.

## **2. Влияние двойственности международной миграционной политики на формирование российского законодательства**

Совокупность перечисленных тенденций миграции населения обусловила двойственность международной миграционной политики. С одной стороны, страны-реципиенты поощряют иммиграцию отдельных категорий мигрантов, востребованных экономикой, культурой и пр., с другой — государства законодательно устанавливают требования к мигрантам, ведут активную борьбу с нелегальной миграцией, ужесточают юридическую ответственность за правонарушения в сфере миграции.

Политика жестких мер в отношении мигрантов вполне объяснима, поскольку страны не могут не считаться с обеспокоенностью общественности в вопросах безопасности [Бертран К., 2014: 485–492]. При этом важнейшей задачей политики в отношении мигрантов будет являться необходимость

соблюдения баланса между национальными иммиграционными требованиями и защитой основных прав личности.

Двойственность миграционной политики России проявляется в положениях Концепции миграционной политики, в которой говорится о важности миграции для решения демографических и связанных с ними экономических проблем путем добровольного переселения в страну лиц, способных полноценно влиться в российское общество. Одновременно в качестве одного из важнейших направлений международного сотрудничества в сфере миграции в данном концептуальном документе говорится о необходимости повышения эффективности механизмов противодействия незаконной миграции.

Выстраивая заградительные механизмы правового и организационного характера на путях незаконной иммиграции, Россия проводит последовательную политику привлечения лиц с высоким уровнем образования и квалификации, возвращения бывших соотечественников из-за рубежа. Создание комфортных условий переселения в Россию на постоянной основе соотечественников из-за рубежа сегодня стало наиболее значимым направлением миграционной политики государства, при этом основным вектором ее является направленность на совершенствование правовых, организационных и иных механизмов, регулирующих и обеспечивающих лицам, которые способны интегрироваться в российское общество, таких условий.

В соответствии с положениями Федерального закона «О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом», соотечественники, проживающие за рубежом, вправе полагаться на поддержку России в осуществлении своих гражданских, политических, социальных, экономических и культурных прав, сохранении самобытности<sup>26</sup>. Органы власти страны и субъектов федерации содействуют добровольному переселению соотечественников путем преференций, позволяющих упростить процедуру приобретения российского гражданства [Горохова С.С., 2016: 62–71].

Одновременно миграционная политика сопровождается принятием законодательных актов, направленных на ужесточение ответственности иностранных граждан за совершение правонарушений в области миграции, в целях урегулирования миграционных потоков, хлынувших в последние годы в Россию [Федосеев А.И., 2013: 35–37]. Так, в уголовное законодательство и в законодательстве об административных правонарушениях включены новые составы правонарушений в указанной сфере, тогда как по ряду имевшихся ранее составов правонарушений существенно увеличены санк-

<sup>26</sup> Федеральный закон от 24.05.1999 № 99-ФЗ «О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом» // СЗ РФ. 1999. № 22. Ст. 2670.

ции. Кроме того, расширен перечень ограничений на въезд в страну, что, несомненно, способствует защите безопасности государства, в том числе от криминальных проявлений со стороны мигрантов, не имеющих законных средств к существованию и вследствие этого совершающих правонарушения, а также иных категорий иностранцев, пребывание которых на территории страны нежелательно вследствие потенциальной угрозы общественным интересам<sup>27</sup>.

Двойственный характер государственной миграционной политики говорит о том, что в соответствии с вызовами современности она становится более взвешенной, избирательной и соответствует мировым тенденциям противодействия нелегальной миграции, а также излишне либеральной миграционной политике.

## **Заключение**

Миграция—часть современной глобализации, следствие усложняющейся экономической и общественной жизни [Бодурова Г.Г., Аминова Ф.М., 2020: 31]. Достигшая огромных масштабов миграция — это ответ на экономическую и политическую нестабильность в виде нелегальной и вынужденной миграции, и одновременно — на научно-технический и культурный прогресс, на ужесточение конкурентной борьбы на мировом рынке труда за специалистов, востребованных экономикой.

Как естественный процесс, миграция имеет положительные стороны, поскольку позволяет сбалансировать социально-экономическую, политическую, духовную сферу мирового сообщества в результате возникающего социокультурного обмена [Голубцов В.Г., Кузнецова О.А., 2016: 448]. Но проблема миграции как явления не только социально-экономического, но и политического должна решаться при пристальном внимании как всего мирового сообщества, так и каждого государства. Для этого необходимо тщательно исследовать тенденции в международной миграции, оперативно прогнозировать их динамику в целях недопущения бесконтрольности этих процессов, направлять их в нужное русло, чтобы баланс последствий международной миграции склонялся в положительную сторону мирового прогресса. Ныне на основе Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на 2019–2025 годы наша страна проводит последовательную миграционную политику, формируя при этом правовую базу регулирования миграционных отношений.

---

<sup>27</sup> Федеральный закон от 15.08.1996 № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» // СЗ РФ. 1996. № 34. Ст. 4029.



## Список источников

1. Алексеева Г.И., Приженникова А.Н. Проблемы трудовой миграции в России: юридические и бухгалтерские аспекты // Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях. 2014. № 22. С. 33–42.
2. Андриченко Л.В. Особенности привлечения иностранных высококвалифицированных специалистов к трудовой деятельности в России // Журнал российского права. 2011. № 7. С. 5–16.
3. Бакшеева Ю.Н. Актуальные вопросы правового регулирования привлечения иностранных высококвалифицированных специалистов к трудовой деятельности в Российской Федерации // Миграционное право. 2013. № 4. С. 15–21.
4. Бертран К. Парадоксы иммиграционной политики Европейского союза // Lex russica. 2014. № 4. С. 485–492.
5. Бодурова Г.Г., Аминова Ф.М. К вопросу о роли миграции в современном мире // Миграционное право. 2020. № 3. С. 31–35.
6. Булатов Р.Б., Андрейцо С.Ю. Реализация прав иностранных граждан в России: вынужденная миграция, административная ответственность // Миграционное право. 2021. № 1. С. 7–10.
7. Вельяминов Г.М. Международное право: опыты. М: Статут, 2015. 1006 с.
8. Власов И.С., Голованова Н.А. (ред.) Миграция и преступность: сравнительно-правовой анализ: монография. М.: Контракт, 2012. 496 с.
9. Воробьева О.Д. и др. Воспроизводство трудовых ресурсов и миграционная политика // Миграционное право. 2021. № 2. С. 21–25.
10. Воронов А.М., Сандугей А.Н. О системных проблемах государственного администрирования в сфере миграции // Административное право и процесс. 2020. № 11. С. 52–56.
11. Гафуров Я.М. Тенденции развития российской правовой среды в условиях глобализации // Безопасность бизнеса. 2016. № 2. С. 19–24.
12. Голубцов В.Г., Кузнецова О.А. (ред.) Шестой Пермский конгресс ученых- юристов: избранные материалы. М.: Статут, 2016. 448 с.
13. Горохова С.С. Новеллы законодательства о въезде и выезде из Российской Федерации // Современный юрист. 2016. № 1. С. 62–71.
14. Дегтярева Л.Н., Дудин Н.М. Некоторые проблемы законодательства в сфере миграции: конституционно-правовой анализ // Государственная власть и местное самоуправление. 2019. № 6. С. 32–34.
15. Егоров С.А. (ред.) Международное право: учебник. М.: Статут, 2015. 848 с.
16. Илесанми М.А. Пандемии и проблема ограничения прав человека // Юрист. 2018. № 8. С. 59–65.
17. Казарян К.В. Миграционная амнистия как вид административной амнистии // Миграционное право. 2018. № 3. С. 37–39.
18. Капинус О.С. Противодействие незаконной миграции как угрозе национальной безопасности России // Миграционное право. 2016. № 1. С. 29–33.
19. Карпович О.Г. Место и роль России в современном мире: вызовы и риски // Международное публичное и частное право. 2016. № 1. С. 11–15.
20. Козлов В.Ф., Лукьянов А.С. Консолидация национального законодательства в сфере противодействия незаконной миграции // Российская юстиция. 2015. № 3. С. 22–25.

21. Краснова К.А., Сибатуллина Э.Т. Роль миграционного законодательства в укреплении государственного суверенитета и обеспечении общественной безопасности Российской Федерации // Миграционное право. 2011. № 3. С. 6–9.
22. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. М.: Статут, 2000. 279 с.
23. Мукомель В.И. Трансформация миграционных потоков: циркулярные миграции // Миграционное право. 2012. № 3. С. 28–33.
24. Никитенко И.В. Миграционная безопасность России (криминологический аспект). М.: Изд. дом Шумиловой, 2013. 350 с.
25. Остроумов Н.Н. Проблемы унификации международного частного права // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 140–143.
26. Петровская М.И. Государственная политика в сфере вынужденной миграции // Ленинградский юридический журнал. 2015. № 3. С. 211–221.
27. Петровская М.И. Содержание государственного управления в сфере вынужденной миграции в России: административно-правовой аспект // Юрист. 2021. № 1. С. 44–53.
28. Просяникова Т.С. Интеграция мигрантов: научный и практический смысл // Миграционное право. 2013. № 4. С. 12–16.
29. Прудников А.С., Акимова С.А. Нелегальная миграция и административно-правовая ответственность за отдельные правонарушения в сфере миграции // Lex russica. 2013. № 9. С. 953–960.
30. Савельева М.В. Применение административного наказания в виде административного выдворения за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства // Миграционное право. 2016. № 1. С. 18–21.
31. Семенова А.В. Современное состояние миграционной безопасности Российской Федерации // Административное право и процесс. 2016. № 2. С. 40–42.
32. Скоробогатова В.И. К вопросу об интеграции мигрантов: какая модель подходит России? // Миграционное право. 2015. № 4. С. 5–7.
33. Степанов А.В. Нелегальная миграция как угроза национальной безопасности Российской Федерации: понятие, содержание, направления противодействия // Административное право и процесс. 2013. № 8. С. 20–23.
34. Трыканова С.А. Актуальность совершенствования организационно-правовых условий межведомственного взаимодействия правоохранительных органов РФ с органами государственной и муниципальной власти РФ в борьбе с нелегальной миграцией // Миграционное право. 2015. № 2. С. 22–24.
35. Тютюнник И.Г. Корыстный мотив в структуре преступлений против свободы личности: уголовно-правовой и криминологический анализ: монография. М.: Юстицинформ, 2017. 152 с.
36. Федосеев А.И. Применение норм международного права по делам, связанным с ограничением прав иностранных граждан // Миграционное право. 2013. № 4. С. 35–37.
37. Яковлева Л.В. Интеграционные процессы нормативного обеспечения уголовного судопроизводства под воздействием глобализации // Международное уголовное право и международная юстиция. 2016. № 3. С. 3–6.
38. Ястребов О.А., Парфентьева А.Е. Тенденции глобализации и международное административное право // Юрист. 2016. № 15. С. 32–36.



## References

1. Alekseeva G.I., Prizhennikova A.N. (2014) Labor migration in Russia: legal and accounting aspects. *Bukhgalterskii uchet v byudzhetykh i nekommercheskikh organizatsiyakh*=Accounting in budgetary and non-profit organizations, no. 22, pp. 33–42 (in Russ.)
2. Andrichenko L.V. (2011) Attracting foreign professionals to work in Russia. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 7, pp. 5–16 (in Russ.)
3. Baksheeva Yu. N. (2013) Regulation of attracting foreign professionals for work in the Russia. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 4, pp. 15–21 (in Russ.)
4. Bertrand K. (2014) Paradoxes of the immigration policy of the European Union. *Lex Russica*, no. 4, pp. 485–492 (in Russ.)
5. Bodurova G.G., Aminova F.M. (2020) Role of migration in the modern world. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 3, pp. 31–35 (in Russ.)
6. Bulatov R.B., Andreitso S. Yu. (2021) Realizing of foreign citizens rights in Russia: forced migration, administrative responsibility. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 1, pp. 7–10 (in Russ.)
7. Degtyareva L.N., Dudin N.M. (2019) Migration legislation: constitutional and legal analysis. *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie*=State Power and Local Self-Government, no. 6, pp. 32–34 (in Russ.)
8. Egorov S.A. (ed.) (2015) International law. Moscow: Statut, 848 p. (in Russ.)
9. Fedoseev A.I. (2013) Application of international law norms in cases related to restriction of rights of foreign citizens. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 4, pp. 35–37 (in Russ.)
10. Gafurov Ya. M. (2016) Development of Russian legal environment in the context of globalization. *Bezopasnost' biznesa*=Business Security, no. 2, pp. 19–24 (in Russ.)
11. Golubtsov V.G., Kuznetsova O.A. (ed.) (2016) Sixth Perm Congress of Lawyers: selected materials. Moscow: Statut, 448 p. (in Russ.)
12. Gorokhova S.S. (2016) Novelties of legislation on entry and exit from the Russian Federation. *Sovremenniy yurist*=Modern Lawyer, no. 1, pp. 62–71 (in Russ.)
13. Ilesanmi M.A. (2018) Pandemics and human rights restrictions. *Yurist*=Lawyer, no. 8, pp. 59–65 (in Russ.)
14. Kazaryan K.V. (2018) Migration amnesty as a type of administrative amnesty. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 3, pp. 37–39 (in Russ.)
15. Kapinus O.S. (2016) Illegal migration as threat to Russia's national security. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 1, pp. 29–33 (in Russ.)
16. Karpovich O.G. (2015) The place and role of Russia in the world: challenges and risks. *Mezhdunarodnoe chastnoe i publichnoe pravo*=International Public and Private Law, no. 1, pp. 11–15 (in Russ.)
17. Kozlov V.F., Lukyanov A.S. (2015) Consolidation of national legislation in combating illegal migration. *Rossiiskaya yustitsiya*=Russian Justice, no. 3, pp. 22–25 (in Russ.)
18. Krasnova K.A., Sibagatullina E.T. (2011) The role of migration legislation in strengthening sovereignty and public security of the Russian Federation. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 3, pp. 6–9 (in Russ.)
19. Lukashuk I.I. (2000) Globalization, state, law, 21 century. Moscow: Statut, 279 p. (in Russ.)
20. Mukomel V.I. (2012) Transformation of migration flows: circular migrations. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 3, pp. 28–33 (in Russ.)

21. Nikitenko I.V. (2013) Migration security of Russia (criminological aspect). Moscow: Shumilova, pp. 93–94 (in Russ.)
22. Ostroumov N.N. (2015) Unification of private international law. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 1, pp. 140–143 (in Russ.)
23. Petrovskaya M.I. (2015) Policy of forced migration. *Leningradskii yuridicheskii zhurnal*=Leningrad Law Journal, no. 3, pp. 211–221 (in Russ.)
24. Petrovskaya M.I. (2021) The forced migration in Russia: administrative and legal aspect. *Yurist*=Lawyer, no. 1, pp. 44–53 (in Russ.)
25. Prosyannikova T.S. (2013) Integration of migrants. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 4, pp. 12–16 (in Russ.)
26. Prudnikov A.S., Akimova S.A. (2013) Illegal migration and administrative and legal responsibility for offenses in the field. *Lex Russica*, no. 9, pp. 953–960 (in Russ.)
27. Savelyeva M.V. (2016) Application of administrative punishment in the form of administrative expulsion of a foreign citizen or a stateless person from Russia. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 1, pp. 18–21 (in Russ.)
28. Semenova A.V. (2016) Migration security of Russia. *Administrativnoe pravo i protsess*=Administrative Law and Process, no. 2, pp. 40–42 (in Russ.)
29. Skorobogatova V.I. (2015) Migrant integration: which model is best for Russia? *Migratsionnoe pravo*=Migration law, no. 4, pp. 5–7 (in Russ.)
30. Stepanov A.V. (2013) Illegal migration as a threat to the national security of Russia: concept, content, directions of counteraction. *Administrativnoe pravo i protsess*=Administrative Law and Process, no. 8, pp. 20–23 (in Russ.)
31. Trykanova S.A. (2015) The relevance of improving interdepartmental interaction of federal law enforcement bodies with municipalities in the fight against illegal migration. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 2, pp. 22–24 (in Russ.)
32. Tyutyunnik I.G. (2017) Selfish motive in structure of crimes against personal freedom: criminal law and criminological analysis. Moscow: Justitinform, 152 p. (in Russ.)
33. Veliaminov G.M. (2015) International law: essays. Moscow: Statute, 1006 p. (in Russ.)
34. Vlasov I.S., Golovanova N.A. et al. (2012) Migration and crime: comparative legal analysis. Moscow: Kontrakt, 496 p. (in Russ.)
35. Vorobyova O.D. et al. (2021) Labor resources and migration policy. *Migratsionnoe pravo*=Migration Law, no. 2, pp. 21–25 (in Russ.)
36. Voronov A.M., Sandugei A.N. (2020) System issues of state administration of migration. *Administrativnoe pravo i protsess*=Administrative Law and Process, no. 11, pp. 52–56 (in Russ.)
37. Yakovleva L.V. (2016) Integration processes in normative support of criminal proceedings under the influence of globalization. *Mezhdunarodnoe ugovnoe pravo i mezhdunarodnaya yustitsiya*=International Criminal Law and International Justice, no. 3, pp. 3–6 (in Russ.)
38. Yastrebov O.A., Parfentjeva A.E. (2016) Trends of globalization and international administrative law. *Yurist*=Lawyer, no. 15, pp. 32–36 (in Russ.)

---

**Информация об авторах:**

И.Ф. Амельчаков — кандидат юридических наук, доцент,

О.В. Катаева — кандидат юридических наук, доцент,

**Information about the authors:**

I.Ph. Amelchakov — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

O.V. Kataeva — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 01.09.2020; одобрена после рецензирования 14.02.2021; принята к публикации 05.11.2021.

The article was submitted to the editorial office 01.09.2020; approved after reviewing 14.02.2021; accepted for publication 05.11.2021.

## Дискуссионный клуб

Научная статья

УДК 340.312

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.136.154

# О понятии процессуального права



**Владимир Валентинович Кожевников**

Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, Россия 644077,  
Омск, проспект Мира, 55, kta6973@ramler.ru, <https://orcid.org/0000-0003-1323-4167>



## Аннотация

Обращая внимание на традиционное деление в отечественной юридической науке системы права на такие разделы, как частное и публичное право, материальное и процессуальное, последний был сделан предметом настоящего исследования. Предлагаемые понятия анализируются как на общетеоретическом, так и на отраслевых уровнях. Различая две группы норм процессуального права, автор утверждает, что первую группу составляют процессуальные нормы, которые по объему регулирования охватывают потребности как минимум нескольких материальных отраслей права. Вследствие этого данной группе норм свойственна высокая степень внутренней организации, соответствующая уровню отрасли российского права, в частности, ясное подразделение этих норм на соответствующие институты. Речь идет о гражданско-процессуальных, уголовно-процессуальных и административно-процессуальных нормах, что дает основания рассматривать названные группы в качестве самостоятельных отраслей российского права. Ко второй группе процессуальных норм относятся нормы, действующие в сфере материального, государственного, финансового, трудового и ряда других отраслей, которые «обслуживают» потребности только «своей» материальной отрасли. Целью настоящего исследования явилось формирование авторского понятия процессуального права. В качестве гипотезы выступает констатация факта, согласно которому в большинстве своем процессуальное право необоснованно понимается как совокупность процессуальных норм, регулирующих процедуру применения соответствующих норм материального права компетентными органами государства и их должностными лицами. Методология работы включает общефилософские (диалектико-материалистический метод), общенаучные (анализ и синтез, индукция и дедукция, сравнение, абстрагирование и др.), специальные (филологический и др.), частно-научные (формально-юридический) методы. Результатом явилось следующее утверждение: юридический процесс немислим без деятельности граждан-участников процесса, поэтому процессуальные нормы находятся как в отраслях процессуального права, так и в от-

раслях материального права. В связи с этим предлагается следующая трактовка процессуального права: это совокупность процессуальных норм, находящихся в отраслях процессуального и материального права, во-первых, регламентирующих процедуру применения норм материального права компетентными властными органами; во-вторых определяющих правовой статус граждан, юридических лиц, других участников соответствующих процессов.



### Ключевые слова

материальное право, процессуальное право, правоприменительная деятельность органов государства, правовой статус участников процесса, процедура.

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

**Для цитирования:** Кожевников В.В. О понятии процессуального права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4. С. 136–154. DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.136.154.

## Discussion Club

*Research article*

### On Concept of Procedural Law



**Vladimir V. Kozhevnikov**

Dostoevsky Omsk State University, 55 Prospekt Mira, Omsk 644077, Russia, kta6973@ramler.ru, [https://orcid/0000-0003-1323-4167](https://orcid.org/0000-0003-1323-4167)



### Abstract

Paying attention to the traditional division in the domestic legal science of the system of law into such sections as private and public law, substantive and procedural, the latter was the subject of this study. Moreover, the analysis of the proposed concepts is analyzed both at the general theoretical and at the sectoral levels. Distinguishing two groups of norms of procedural law, it is argued that the first group consists of procedural norms, which, in terms of the scope of regulation, cover the needs of at least several material industries, not only their own industry of the same name. As a result, this group of norms is characterized by a high degree of internal organization, corresponding to the level of the branch of Russian law, in particular, a fairly clear division of these norms into relevant institutions. We are talking about civil procedural, criminal procedural and administrative procedural norms, which gives reason to consider these groups as independent branches of Russian law. The second group of procedural norms includes the norms operating in the sphere of material, state, financial, labor and a number of other industries, which “they” serve “the needs of only” their “material industry”. The purpose of the study was the formation of the author’s concept of procedural

law. The hypothesis of this article is the statement of the fact according to which, for the most part, procedural law is unreasonably understood by legal scholars as a set of procedural rules governing the procedure for applying the relevant substantive law rules by the competent authorities of the state and their officials. The methodology of the work includes the following methods: general philosophical (dialectical-materialistic); general scientific (analysis and synthesis, induction and deduction, comparison, abstraction, etc.); special (philological, etc.); private scientific (formal legal, methods of interpretation, etc.). The result of the article was the following statement: given that the legal process is unthinkable without the activity of citizens participating in the process, that the procedural rules are both in the branches of procedural law and in the branches of substantive law, the following interpretation of procedural law is proposed: it is a set of procedural rules that are in branches of procedural and substantive law, firstly, regulating the procedure for the application of substantive law by the competent authorities of the state; secondly, determining the legal status of citizens, legal entities, and other participants in the relevant processes.



### Keywords

substantive law; procedural law; law enforcement activities of state bodies; legal status of participants in the process; procedure.

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

**For citation:** Kozhevnikov V.V. (2022) On Concept of Procedural Law. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 136–154 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.136.154.

## Введение

В современной отечественной доктрине система права традиционно подразделяется на такие элементы (подсистемы), как нормы права, правовые институты, отрасли и подотрасли права, а также разделы — частное и публичное, материальное и процессуальное право. Материальное и процессуальное право дифференцируются в зависимости от их различного предназначения в правовом регулировании общественных отношений. В отношении последнего раздела системы права как на общетеоретическом, так и на отраслевом уровнях учеными предлагаются самые различные определения.

### 1. Общая теория права о понятии юридического процесса

Процесс (от лат. *processus* — продвижение) трактуется как порядок рассмотрения дел в суде или административных органах, судопроизводство; судебное дело. Связывая юридический процесс с властной деятельностью

компетентных органов и должностных лиц, первый понимают как нормативно установленные процессуальными нормами формы упорядочения юридической деятельности, заключающееся в подготовке, принятии и закреплении юридически значимых решений, направленных на оптимальное удовлетворение и гарантирование интересов субъектов права.

Л.А. Морозова, проявляя непоследовательность, в одной из работ замечает, что процессуальное право регулирует порядок реализации норм материального права, права и обязанности субъектов правовых отношений» [Морозова Л.А., 2007: 260], а в другой утверждает несколько иное: «процессуальное право представляет собой обслуживающую отрасль, поскольку регламентирует юридические процедуры, призванные обеспечить деятельность государственных и иных органов и должностных лиц, адресное применение норм материального права» [Морозова Л.А., 2003: 155]. Есть и позиция, согласно которой «процессуальное право по отношению к материальному носит производный, вспомогательный характер, обеспечивая реализацию норм материального права» [Смоленский М.Б. и др., 2011: 325].

Некоторые авторы акцентируют внимание на том, что «юридический процесс есть форма реализации всех ветвей государственной власти — законодательной, исполнительной и судебной, выражаемая в последовательных стадиях прохождения отдельных видов этой деятельности», а сам «процесс, несмотря на его обслуживающий характер, принято относить к фундаментальным, базовым юридическим категориям, поскольку без этого права невозможно обеспечить законность в деятельности отдельных органов и лиц, порядок осуществления ими норм материального права» [Радько Т.Н. и др., 2012: 247].

К сожалению, многие теоретики в той или иной форме процессуальное право связывают только с правоприменением. Так, с позиции Н.А. Власенко «процессуальное право регламентирует юридические процедуры, устанавливая порядок применения норм материального права и направлено на достижение конкретного юридического результата» [Власенко Н.А., 2015: 187]. Схожую точку зрения поддерживают Р.В. Енгибарян и Ю.К. Краснов [Енгибарян Р.В., Краснов Ю.К., 2010: 378]. М.И. Абдулаев утверждает, что «все то, что связано с применением материального права — это область процессуального права» [Абдулаев М.И., 2006: 338].

Авторы энциклопедического юридического словаря также связывают процессуальное право с регулированием отношений, возникающих в процессе расследования преступлений, рассмотрения и разрешения уголовных, гражданских, арбитражных дел, дел об административных правонарушениях и дел, рассматриваемых в порядке конституционного судопроизводства [Румянцев О.Г., Додонов В.Н., 1997: 259–260]. Р.В. Шагиева и Д.В. Ерофеева категорически утверждают, что «...процессуальное право нужно связывать

только с правоприменением (курсив мой — В.К.), причем лишь с наиболее сложными формами...» [Шагиева Р.В., Ерофеева Д.В., 2011: 347].

Пожалуй, авторы здесь глубоко ошибаются, ибо правоприменение — это всегда процессуально оформленная государственно-властная деятельность. Известный теоретик права В.В. Лазарев на это обстоятельство не раз обращал внимание, говоря, что «обязательным для правоприменителей является ...соблюдение процессуальных норм» [Лазарев В.В., 2010: 489]. В другой работе ученый отмечал, что «правоприменительная деятельность регулируется процессуальными нормами, определяющими порядок вмешательства субъектов... наделенных властными полномочиями по организации правовых отношений определенного вида... в процесс реализации права» [Лазарев В.В., 2010: 33].

Получается, что некоторые специалисты, характеризуя процессуальное право, проявляют в известной мере противоречивость.

Например, Н.А. Пьянов сначала утверждал, что нормы процессуального права — это нормы, обслуживающие нормы материального права, обеспечивающие их реализацию, а затем подчеркивал, что они определяют порядок и процедуру применения норм материального права [Пьянов Н.А., 2010: 176].

В равной мере следует оценить позицию М.И. Абдулаева и С.А. Комарова, которые сначала пишут, что процессуальные правовые нормы служат формой реализации и проявления норм материального права», а позднее, что «процессуальное право представляет собой систему норм, регламентирующих правовые процедуры при разрешении споров или при определении ответственности за правонарушения...» [Абдулаев М.И., Комаров С.А., 2003: 349]. Подобную позицию отстаивает В.В. Оксамытный, утверждающий, что «для применения устанавливаемых материальным правом правил необходимы процедуры, которые содержатся в положениях процессуального права» [Оксамытный В.В., 2004: 411].

Необходимо подчеркнуть, что в доктрине сложилось несколько подходов к понятию «юридический процесс»: юрисдикционная и иная охранительная деятельность органов правосудия, направленная на разрешение споров о праве и осуществление правового принуждения в рамках правосудия и в связи с ним; процесс реализации материальных норм безотносительно к формам такой реализации; любая деятельность государственных органов (правотворческая, правоприменительная, контрольная, учредительная, распорядительная) и др. [Лукьянова Е.Г., 2003: 41–42].

Понимание юридического процесса как деятельности государственно-властных органов и их должностных лиц распространено в отечественной доктрине. Так, пока не рассматривая проблемы соотношения юридического процесса и правовой процедуры, отметим, что М.И. Байтин и О.В. Яковенко

последнюю трактовали как «...особый нормативно-установленный порядок осуществления юридической деятельности, обеспечивающий реализацию норм материального права и основанных на них материальных правоотношений, охраняемых от нарушений правовыми санкциями» [Байтин М.И., Яковенко О.В., 2000: 95]. В толковом словаре гражданского процесса последний понимается как «урегулированная нормами гражданского процессуального права деятельность суда (общей юрисдикции) по рассмотрению и разрешению отнесенных к его ведению дел в целях охраны прав или охраняемых законом интересов граждан и организаций; совокупность правовых норм, регулирующих порядок возбуждения, рассмотрения и разрешения гражданских дел, пересмотра судебных актов».

Д.Н. Бахрах полагал, что административный процесс являет собой не только юрисдикционную деятельность по рассмотрению споров и применению принудительных мер, но и деятельность по реализации регулятивных норм (деятельность положительного характера) [Бахрах Д.Н., 1969: 278]. Н.Г. Салищева считала, что административный процесс — это деятельность государственных органов по разрешению споров, возникающих при решении индивидуальных дел, и применения мер принуждения [Салищева Н.Г., 1967: 8]. В.Д. Сорокин утверждал, что «любой вид юридического процесса представляет собой государственно-властную деятельность», что «будучи юридической формой данной ветви государственной власти, процесс — законодательный, гражданский, уголовный, административный — в полной мере отражает особенности «своей» ветви государственной власти». По его мнению, «административный процесс... несомненно, является процессуальной формой исполнительной власти» [Сорокин В.Д., 2005: 908]. Интересно, что ранее ученый, полагая, что «неразрывная связь с государством — таково одно из важнейших свойств процесса», тут же утверждал, что «...процесс предполагает участие и общественных организаций (упуская участие граждан. — В.К.), однако основу его составляет деятельность компетентных государственных органов» [Сорокин В.Д., 1972: 126].

Подход к возможности применения уголовного материального права исключительно в процессуальной форме доминирует в работах ученых-процессуалистов. Так, В.П. Божьев отмечал, что «применять нормы уголовного можно лишь одновременно с применением норм уголовно-процессуального права...» [Божьев В.П., 1975: 119], называя, однако, среди участников уголовного судопроизводства, кроме суда, судей, следователей, дознавателей и т.д., и граждан — потерпевших, подозреваемых, обвиняемых, свидетелей и т.д., имеющих процессуальные права и обязанности<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Уголовный процесс/ под ред. В.П. Божьева. М., 2009. С. 83–118.

С позиции А.П. Гуляева, «правильное применение уголовного закона — основная задача уголовного процесса» [Гуляев А.П., 2012: 5–8]. Ю.К. Якимович определял, что «и как право, и как законодательство, и как деятельность уголовный процесс нужен всего лишь для того, чтобы правильно применять нормы материального права» [Якимович Ю.К., 2014: 72]. И.В. Тыричев считает, что уголовный процесс — это «осуществляемая в установленном законом порядке деятельность по расследованию, рассмотрению и разрешению судом уголовных дел, имеющая своей целью обеспечить охрану прав и свобод человека и гражданина, общественного порядка и общественной безопасности, конституционного строя Российской Федерации от преступных посягательств»<sup>2</sup>. Весьма трудно согласиться с тем, что уголовный процесс связывается с деятельностью только суда, и с тем, что упор делается на обеспечение общественного порядка, а не правопорядка.

В целом изложенные положения относительно процессуального права обуславливают вывод: его адресатом являются только правоприменяющие субъекты — компетентные органы государства и их должностные лица, а не граждане и другие участники процесса, не обладающие властными полномочиями.

## **2. Процессуальное право и деятельность участников процесса**

Полагаем, что при трактовке процессуального права необходимо расширить субъектный состав, включив и граждан-участников процесса, деятельность которых определяется процессуальными нормами права.

Т.Н. Клепцов обоснованно отмечает, что к процессуальному праву относятся правовые нормы, которые, с одной стороны, «устанавливают порядок применения норм материального права» и «...содержат специальные процедуры (порядок) возбуждения и рассмотрения в суде или иных государственных органов гражданских, трудовых, семейных и уголовных дел, а также дел об административных правонарушениях», с другой — «определяющие правовое положение участников процесса: суда истца и ответчика, обвиняемого и защитника и прочих, устанавливающие их права и обязанности» [Клепцов Т.Н., 2007: 310]. Более точен Р.Х. Макуев: «Процессуальное... право определяет порядок реализации предписаний материальных норм права, прав и обязанностей субъектов права, включенных в конкретные правовые отношения» [Макуев Р.Х., 2010: 339].

На наш взгляд, юридический процесс необходимо трактовать с учетом участия в нем не только соответствующих органов государства, но и иных

---

<sup>2</sup> Уголовно-процессуальное право России/ под ред. П.А. Лупинской. М., 2009. С. 13.

лиц, в том числе и граждан, участвующих в процессе. Советские ученые в плане общей теории права под процессуальной формой понимали «совокупность однородных процедурных требований, предъявляемых к действиям участников процесса и направленных для достижения определенного материально-правового результата»<sup>3</sup>. Они подчеркивали, что «...процессуальные нормы регулируют абсолютно все процессуальные действия и деятельность всех участников процесса, независимо от их правового положения».

Дальнейшие рассуждения имеют принципиальный характер: «...основная функция процессуальных норм в традиционном юридическом процессе состоит в том, чтобы создать атмосферу наибольшего благоприятствования непосредственно заинтересованным участникам: истцу, потерпевшему, ответчику, третьим лицам, обвиняемому или подсудимому. В отношении участников-организаторов процесса, т.е. субъектов, выполняющих служебные функции в юридическом процессе, назначение норм процессуального права состоит в обеспечении оптимальности действия и эффективности получения юридических результатов»<sup>4</sup>. Е.Г. Лукьянова, констатируя несколько подходов к определению юридического процесса и тесно связанного с ним процессуального права, один из них формирует следующим образом: «Это процесс реализации материального права безотносительно к формам такой реализации. Процессуальное право представляет собой «инструмент» реализации права материального» [Лукьянова Е.Г., 2003: 41–42].

Кстати, и В.П. Божьев утверждал, что, хотя применение норм уголовно-процессуального права властным органом государства представляет основную, однако не единственную форму реализации норм уголовно-процессуального права, и признание применения нормы права важнейшей формой ее реализации не означает, что основой уголовного процесса служат односторонние властные полномочия должностных лиц [Божьев В.П., 1975: 53]. Действительно, законодатель указывает на процедуру применения норм уголовного права в предписаниях ст. 6, 6.1, 7, 8 и в других процессуальных нормах.

Однако можно привести примеры и иных форм реализации права. Так, в соответствии с п. 1 ст. 102 УПК РФ подозреваемый или обвиняемый должны «не покидать постоянное или временное место жительства без разрешения дознавателя, следователя или суда» (соблюдение запретов); в соответствии с п. 1 ч. 4 Кодекса подозреваемый «вправе знать, в чем он подозревается...» (использование прав); по ч. 3 ст. 188 УПК РФ «лицо, вызываемое на допрос, обязано явиться в назначенный срок либо заранее уведомить следователя о причинах неявки» (исполнение обязанностей). Следует подчеркнуть, что подобные процессуальные нормы права не регламентируют процедуры приме-

<sup>3</sup> Юридическая процессуальная форма: теория и практика. М., 1976. С. 13.

<sup>4</sup> Теория юридического процесса. Харьков, 1985. С. 59.

нения норм уголовного права, а определяют правовой статус участников уголовного судопроизводства (подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и др.).

В контексте рассматриваемой проблемы следует обратить внимание на позицию М. Ю. Осипова, который, критикуя концепцию процесса как разновидности деятельности *компетентных государственных органов* (курсив мой.–В.К.) полагает, что «если рассматривать процесс как разновидность юридической деятельности, то очевидно, что у этой деятельности может быть только одна сторона, поскольку с психологической точки зрения деятельность представляет собой систему действий, воздействующих на предмет, направленную на достижение конкретной цели, связанную с удовлетворением потребностей субъекта деятельности... Анализ же уголовного, административного, гражданского, конституционного и арбитражного процессов показывает, что деятельность имеет несколько видов. Так, например, в гражданском процессе можно выделить: деятельность суда по разрешению споров; деятельность истца, направленную на представление и обоснование в суде своих требований; деятельность ответчика, направленную на представление и обоснование в суде своих возражений, против требований истца» [Осипов М.Ю., 2009: 9].

### **3. О собственно процессуальных отраслях права и о процессуальных нормах материального права**

В контексте данной статьи следует обратить особое внимание на утверждение В.И. Червонюка: «Если рассматривать процессуальное право как относительно обособленную часть системы права, то в его составе следует выделить два подразделения норм, структурированных, во-первых, по отраслям права и, во-вторых, объединенных в рамках материальной отрасли права в самостоятельные нормативно-правовые комплексы — подотрасли права, институты и субинституты. В одном случае речь идет о собственно процессуальных отраслях права, в другом о процессуальных нормах, находящихся в составе материальной отрасли права» [Червонюк В.И., 2006: 369]. Еще ранее В.И. Каминская считала, что «в каждой отрасли права наряду с материальными нормами обязательно имеются нормы организационного и процедурного характера, которые можно считать процессуальными» [Каминская В.И., 1965: 65].

В.Д. Сорокин различал две группы норм процессуального права. Первую группу составляют процессуальные нормы, которые по объему регулирования охватывают потребности как минимум нескольких материальных отраслей, не только своей, одноименной отрасли. Вследствие этого данной группе норм свойственна высокая степень внутренней организации, соответствующая уровню отрасли российского права, в частности, ясное деление

этих норм на соответствующие институты. По мнению ученого, речь идет о гражданско-процессуальных, уголовно-процессуальных и административно-процессуальных нормах, что «дает основания рассматривать названные группы в качестве самостоятельных отраслей российского права».

Ко второй группе В.Д. Сорокин относил нормы, действующие в сфере материального, конституционного, финансового, трудового и ряда других отраслей. «Они «обслуживают» потребности только «своей» материальной отрасли», в необходимых случаях «сопрягаясь с нормами первой группы», занимая «место в материальной отрасли в качестве ее института, что...не снижает их социальной значимости, роли в регулировании отношений, связанных с реализацией материальных норм» [Сорокин В.Д., 2005 : 913].

Если рассуждать о «собственно процессуальных отраслях права», следует заметить, что например, гражданское судопроизводство понимается как «проводимая в соответствии с нормами гражданского процессуального судопроизводства деятельность судов общей юрисдикции, лиц, участвующих в деле и иных субъектов гражданского процесса, по рассмотрению и разрешению отнесенных к их ведению гражданских дел».

Иными словами, ученые признают адресатами гражданско- процессуальных норм не только правоприменяющий орган — суд, но и иных участников гражданских процессуальных правоотношений: лиц, участвующих в деле (стороны, третьи лица, прокурор и др.), а также лиц, содействующих правосудию (свидетели, переводчики, эксперты, специалисты и другие лица) [Женетль С.З., Никифоров А.В., 2014: 6, 24–27].

В.М. Шерстюк, придерживаясь данной классификации субъектов гражданских процессуальных правоотношений, писал, что «каждый участник преследует в процессе свои цели и соответственно этому занимает в нем строго определенное положение: истца, ответчика, третьего лица без самостоятельных требований, заявителей, заинтересованных лиц и др.»<sup>5</sup>.

В другой работе, раскрывая гражданские процессуальные отношения, выступающие предметом гражданско-процессуального права, авторы полагают, что они «возникают в результате осуществляемой в соответствии с нормами гражданского процессуального права деятельностью суда, участвующих в процессе лиц, органов исполнения судебных постановлений (судебных исполнителей)»<sup>6</sup> (сейчас — судебных приставов в соответствии со ст. 5 Федерального закона от 02.10.2007 №2999-ФЗ «Об исполнительном производстве» в ред. 22.12. 2020 г.)<sup>7</sup>. Статья 34 ГПК РФ определяет состав

<sup>5</sup> Гражданские процессуальные правоотношения / Гражданский процесс: под ред. М.К. Треушникова. М., 2007. С. 90.

<sup>6</sup> Гражданское процессуальное право России. М., 1998. С. 11.

<sup>7</sup> СПС КонсультантПлюс.

участников гражданского судопроизводства: «Лицами, участвующими в деле, являются стороны, третьи лица, прокурор, лица, обращающиеся в суд за защитой прав, свобод и законных интересов других лиц или вступающие в процесс в целях дачи заключения по основаниям, предусмотренным статьями 4, 46 и 47 настоящего Кодекса, заявители и другие заинтересованные лица по делам особого производства».

Рассматривая особенности гражданского процесса, М.С. Шакарян полагает, что это «урегулированная нормами гражданско-процессуального права деятельность суда и других участников процесса, а также органов исполнения судебных постановлений»<sup>8</sup>. Этой позиции близка точка зрения М.А. Гурвича, который рассматривал процесс как вид деятельности суда и других участников процесса [Гурвич М.А. и др., 1975: 4].

Полагаем, что и нормы уголовно-процессуального права адресованы не только соответствующим правоохранительным органам и их должностным лицам (суду, судьям, прокурору, следователю и др.), но и иным участникам уголовного производства: лицам, имеющим в деле самостоятельный правовой интерес (подозреваемым, обвиняемым, потерпевшему, частному обвинителю, гражданскому истцу, гражданскому ответчику; участникам, представляющим интересы первой группы (например, законным представителям подозреваемого, обвиняемого); участникам судопроизводства, осуществляющим вспомогательные функции (свидетелям, экспертам, специалистам, понятым, переводчикам); представителям общества в уголовном процессе — присяжным заседателям)<sup>9</sup>.

Л.А. Воскобитова, понимая под участниками уголовного производства всех, «кто назван в уголовно-процессуальном законодательстве, наделяется процессуальными правами или несет процессуальные обязанности и в той или иной форме участвует в уголовно-процессуальных отношениях», в зависимости от выполняемой процессуальной функции предлагает иную классификацию первых: суд (судья, состав суда, присяжные заседатели); участники со стороны обвинения (прокурор, следователь, руководитель следственного органа, орган дознания, начальник подразделения дознания, дознаватель, потерпевший, частный обвинитель, гражданский истец, представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя; участники со стороны защиты (подозреваемый, обвиняемый, представители несовершеннолетнего подозреваемого и обвиняемого, защитник гражданский ответчик, представитель гражданского ответчика); иные участники (свидетель, эксперт, специалист, переводчик, понятой)<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Гражданское процессуальное право России. С. 23.

<sup>9</sup> Уголовный процесс. М., 2013. С. 68–82.

<sup>10</sup> Уголовный процесс / под ред. Л.А. Воскобитовой. М., 2015. С. 88–89.

Подобную классификацию участников уголовного судопроизводства предлагают и иные ученые<sup>11</sup>.

Именно с точки зрения широкого круга адресатов процессуальных норм Л.Н. Борисова формулирует их понятие: «Процессуальные нормы права — это самостоятельный вид правовых норм, имеющий служебный характер и направленный на осуществление предписаний материальных норм посредством создания условий, наделения непосредственных участников правами и обязанностями, позволяющими урегулировать спор без вмешательства юрисдикционных органов, а при негативном развитии правоотношения — определяющих порядок применения специальными государственными органами властных полномочий для урегулирования конфликта» [Борисова Л.Н., 2004: 19].

В суждениях аналитиков уголовно-правовой и уголовно-процессуальной наук нередко содержатся утверждения, что в рамках уголовного процесса происходит не только применение, но и реализация уголовного права. Так, Р.Х. Якупов писал, что применение, реализация уголовно-процессуальных норм — не самоцель, а необходимый способ реализации материально-правовых норм; уголовный процесс выступает одной из особых правовых форм реализации уголовного закона; до возникновения и вне уголовного процесса реализация правоохранительных норм уголовного права невозможна [Якупов Р.Х., 1993: 30, 49]. Ю.С. Жариков пишет, что нормы УК РФ могут быть реализованы исключительно в уголовно-процессуальной форме публичных отношений [Жариков Ю.С., 2009: 15]. Д.Ю. Гончаров отмечает, что «как уголовно-процессуальные отношения предназначены для установления, реализации уголовно-правовых отношений, так же и уголовно-процессуальные нормы предназначены для реализации материальных уголовных норм» [Гончаров Д.Ю., 2004: 19 ].

В свое время П.А. Лупинская утверждала, что нормы уголовного права реализуются в процессуальной деятельности и принимаемых в ходе ее решениях [Лупинская П.А., 2010: 23]. В другой ее работе дана несколько иная трактовка уголовно-процессуального права: «Это социально обусловленная система выраженных в законе правил (норм), регулирующих деятельность по расследованию, рассмотрению и разрешению уголовных дел...»<sup>12</sup>.

Ю.В. Козубенко отмечает, что «материальное право реализуется в рамках судопроизводства, нормированного правом процессуальным» [Козубенко Ю.В., 2013: 130]. Материальные нормы не способны самореализовываться, т.е. автоматически применяться к лицам, совершившим преступления.

<sup>11</sup> Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. И.Л. Петрухин. М., 2008. С. 56–134; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. А.И. Бастрыкина. М., 2008. С. 63–159.

<sup>12</sup> Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. М., 2011. С. 48.

Такая реализация возможна только в процессе специальной юрисдикционной деятельности, позволяющей установить все имеющие уголовно-правовое значение обстоятельства, правильно квалифицировать содеянное и на основании этого вынести законный, обоснованный и справедливый правоприменительный акт государственно-властного характера<sup>13</sup>. В.Г. Даев рассматривал уголовный процесс в качестве формы реализации (применения) уголовного закона [Даев В.Г., 1982: 12–13] .

Ряд ученых, в том числе Д.Р. Гимазетдинов [Гимазетдинов Д.Р., 2013: 9], отмечают, что уголовный закон является необходимой и притом единственной формой реализации норм уголовного права, а Е.Г. Шадрина — что уголовно-процессуальное право является одной из форм механизма реализации уголовного права [Шадрина Е.Г., 2003:12] .

Нетрудно увидеть, что в приведенных суждениях о понятии уголовного процесса «правоприменение» и «реализация» необоснованно используются как равнозначные понятия. Также обращая внимание на это обстоятельство, К.В. Муравьев, имея в виду такие формы реализации, как исполнение, использование и соблюдение, в качестве субъектов реализации норм уголовного права называет граждан [Муравьев К.В., 2016: 57–63] . В связи с этим автор настоящей статьи находит целесообразным поддержать позицию И.Л. Петрухина, отмечавшего, что во многих уголовно-процессуальных правоотношениях субъектом права выступает не должностное лицо или орган государства, а гражданин- участник процесса. Ученый обоснованно полагал, что «во всех случаях, когда в правоотношениях с государством гражданин обладает субъективным правом, следовательно, прокурор, суд выступают в роли обязанной стороны (они обязаны, например, соблюдать сроки содержания обвиняемого под стражей и т.д.) [Петрухин И.Л., 2008: 23–24] .

Если рассуждать о процессуальных нормах, находящихся в составе материальной отрасли права, можно, например, привести трудовое право, содержащее нормы, которые обуславливают трудовые процессуальные отношения. В.Н. Скобелкин в свое время полагал, что основное процессуальное правоотношение возникает между субъектом, обращающимся за защитой своего права, и органом (должностным лицом). Содержание отношения составляют право первого требовать рассмотрения заявления (жалобы) и обязанность второго рассмотреть такое требование. Ученый писал, что «...в конечном счете, функционирование всех процессуальных связей необходимо для точного установления содержания прав и обязанностей сторон спорного материального правоотношения, их защиты и восстановления» [Скобелкин В.Н., 1999: 271].

Не ставя вопрос о том, какое понятие шире — юридический процесс или же правовая процедура [Баландина В.Н., Павлушина А.А., 2002: 23, 32], В.Н. Скобелкин применительно к трудовому праву рассматривал процедур-

---

<sup>13</sup> Уголовный процесс / под ред. А.П. Гуськова, Ф.К. Зиннурова. М., 2010. С. 6–7.

ные и процессуальные нормы (нормы нематериального характера), наряду с организационными, в качестве составляющих норм нематериального характера. Автор, дифференцируя последние, полагал, что «процедурными являются нормы, предназначенные для юридического обеспечения реализации и защиты материальных норм и закрепленных в них прав и обязанностей субъектов трудового права, а также регулирующие порядок рассмотрения трудовых споров неспециализированными органами или отдельными должностными лицами...», а «процессуальные нормы предназначаются для регулирования порядка разбирательства и разрешения трудовых споров (конфликтов) специализированными органами: комиссиями, с участником посредника, трудовым арбитражем, трудовыми судами», также «нормы, связанные с применением такими органами юридических санкций» [Скобелкин В.Н. и др., 2002: 13–15]. Субъектами российского трудового права, по мнению ученых, выступают трудоспособные граждане (работники), организации (работодатели), трудовые коллективы, профсоюзные и иные органы, представляющие права и интересы работников<sup>14</sup>.

Полагаем, что правовая процедура и юридический процесс, нацеленные на достижение предусмотренного правовой нормой юридического результата, «неразрывно связаны, поскольку процесс фактически реализуется посредством соответствующей процедуры» [Сорокин В.Д., 2005 : 911].

Как справедливо замечали В.Л. Кулапов и А.В. Малько, «юридический процесс — система оформленных юридическими актами последовательных процедур, обеспечивающих комплексную реализацию норм материального права по достижению поставленных целей в определенной сфере общественной жизни» [Кулапов В.Л., Малько А.В., 2009: 262].

## **Заключение**

Вышеизложенное позволяет сформулировать понятие процессуального права не как совокупность отраслей, регулирующих порядок рассмотрения и разрешения уголовных и гражданских дел, не как обслуживающую отрасль, организационную, поскольку регламентирует юридические процедуры, призванные обеспечить деятельность государственных органов и иных органов и должностных лиц, адекватное применение норм материального права, а как совокупность процессуальных норм, находящихся в отраслях процессуального и материального права, во-первых, регламентирующих процедуру применения норм материального права компетентными властными органами государства; во-вторых определяющих правовой статус граждан, юридических лиц, других участников соответствующих процессов.

<sup>14</sup> Трудовое право / под ред. О.В. Смирнова и И.О. Снегиревой. М., 2007. С. 76.

Вероятно, настоящая статья в какой-то мере будет способствовать развитию теории юридического процесса, составляющую часть общей теории права, с позиции теоретического осмысления процессуальных аспектов права.

---



### Список источников

1. Абдулаев М.И., Комаров С.А. Проблемы теории государства и права. СПб: Питер, 2003. 576 с.
2. Абдулаев М.И. Теория государства и права. М.: Экономика, 2006. 632 с.
3. Байтин М.И., Яковенко О.В. Теоретические вопросы правовой процедуры // Журнал российского права. 2000. № 8. С. 93–102.
4. Баландин В.Н., Павлушина А.А. О видах юридического процесса // Правоведение. 2002. № 4. С. 22–33.
5. Бахрах Д.Н. Советское законодательство об административной ответственности. Пермь: Пермский гос. ун-т, 1969. 344 с.
6. Божьев В.П. Уголовно-процессуальные правоотношения. М.: Юрид. литература, 1975. 176 с.
7. Борисова Л.Н. Общая теория процессуальных норм права: дис... к. ю. н. Ростов: Феникс, 2004. 169 с.
8. Власенко Н.А. Теория государства и права. М.: Проспект, 2015. 413 с.
9. Власов В.И., Власова Г.Б. Теория государства и права. Ростов: Феникс, 2011. 331 с.
10. Гимазетдинов Д.Р. Уголовно-процессуальная форма: общетеоретический, нормативно-правовой и правоприменительный анализ: автореф. дис... к.ю.н. Саратов, 2013. 27 с.
11. Гончаров Д.Ю. Взаимосвязи и коллизии норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства: автореф. дис... к.ю.н. Екатеринбург, 2004. 26 с.
12. Гуляев А.П. Цели, задачи и принципы как фундаментальные положения уголовно-процессуального права: по закону, теории и практике // Российский следователь. 2012. № 16. С. 5–8.
13. Гурвич М.А. и др. Советский гражданский процесс. М.: Высшая школа, 1975. 399 с.
14. Даев В.Г. Взаимосвязь уголовного права и процесса. Л.: ЛГУ, 1982. 112 с.
15. Енгибарян Р.В., Краснов Ю.К. Теория государства и права. М.: Норма, 2010. 576 с.
16. Жариков Ю.С. Уголовно-процессуальное регулирование в механизме его реализации. М.: Юриспруденция, 2009. 216 с.
17. Женетль С.З., Никифоров А.В. Гражданский процесс. М.: РИОР, 2014. 449 с.
18. Каминская В.И. Место процессуальных норм в системе советского права / Демократические основы советского социалистического правосудия. М.: Наука, 1965. С. 64–69.
19. Клепцова Т.Н. Система права. В кн.: Теория государства и права. М.: Норма, 2007. С. 295–313.
20. Козубенко Ю.В. К вопросу о двусторонней координации процессуальных и материальных отраслевых конструкций в механизме уголовно-правового регулирования. Актуальные проблемы российского права. 2013. №10. С. 1298–1309.

21. Кулапов В.Л., Малько А.В. Теория государства и права. М.: Норма, 2009. 384 с.
22. Лазарев В.В. Закон и его применение. Избранные труды. М.: Новая юстиция, 2010. Т. 1. С. 476–493.
23. Лазарев В.В. Понятие и разновидности нетипичных ситуаций правоприменительного процесса. Избранные труды. Т. 1. С. 31–44.
24. Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права. М.: Норма, 2003. 233 с.
25. Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика. М.: Норма, 2010. 240 с.
26. Макуев Р.Х. Теория государства и права. М.: Норма, 2010. 640 с.
27. Морозова Л.А. Теория государства и права. М.: Норма, 2003. 320 с.
28. Морозова Л.А. Теория государства и права. М.: Эксмо, 2007. 285 с.
29. Муравьев К.В. Уголовный процесс и реализация уголовного закона // Вестник Томского гос. ун-та. Право. 2016. № 4. С. 56–68.
30. Оксамытный В.В. Теория государства и права. М.: Импэ, 2004. 563 с.
31. Осипов М.Ю. Понятие правовых процессов и их соотношение с юридическим процессом // Современное право. 2009. № 11. С. 7–10.
32. Петрухин И.Л. Уголовно-процессуальные правоотношения. В кн.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. М.: Проспект, 2008. С. 23–24.
33. Пьянов Н.А. Консультации по теории государства и права. Иркутск: Иркутский гос. ун-т, 2010. 583 с.
34. Радько Т.Н., Лазарев В.В., Морозова Л.А. Теория государства и права. М.: Проспект, 2012. 568 с.
35. Румянцев О.Г., Додонов В.Н. Энциклопедический юридический словарь. М.: Норма, 1997. 377 с.
36. Салищева Н.Г. Административный процесс в СССР. М.: Юридическая литература, 1967. 158 с.
37. Скобелкин В.Н. Трудовые правоотношения. М.: Вердикт, 1999. 372 с.
38. Скобелкин В.Н. и др. Функции, предмет, метод и система трудового процедурно-процессуального права. В кн.: Трудовое процедурно-процессуальное право. Воронеж: Воронежский гос. ун-т, 2002. С. 9–36.
39. Смоленский М.Б. и др. Теория государства и права. Ростов: Феникс, 2011. 478 с.
40. Сорокин В.Д. Административно-процессуальное право. М.: Юридическая литература, 1972. 240 с.
41. Сорокин В.Д. Избранные труды. СПб: Юрид. центр Пресс, 2005. 1084 с.
42. Червонюк В.И. Теория государства и права. М.: Норма, 2006. 704 с.
43. Шагиева Р.В., Ерофеева Д.В. Система права и система законодательства: понятия и проблемы их соотношения В кн.: Актуальные проблемы теории государства и права. М.: Норма, 2011. С. 338–367.
44. Шадрин Е.Г. Взаимосвязь российского уголовного, уголовно-исполнительного и уголовно-процессуального права (проблемы рассогласования и согласования): автореф. дис.... к.ю.н. Самара, 2003. 21 с.
45. Якимович Ю.К. О возможности достижения объективной истины в уголовном судопроизводстве // Уголовная юстиция. 2014. № 1. С. 69–74.
46. Якупов Р.Х. Правоприменение в уголовном процессе России. М.: МВД, 1993. 195 с.



## References

1. Abdulaev M.I., Komarov S.A. (2003) Issues of theory of state and law. Saint Petersburg: Peter, 576 p. (in Russ.)
2. Abdulaev M.I. (2006) Theory of state and law: textbook. Moscow: Ekonomika, 632 p. (in Russ.)
3. Baitin M.I., Yakovenko O.V. (2000) Theoretical issues of legal procedure. *Zhurnal rossiyskogo prava* =Journal of Russian Law, no. 8, pp. 93–102 (in Russ.)
4. Bahrakh D.N. (1969) Soviet legislation on administrative responsibility: manual. Perm: University, 344 p. (in Russ.)
5. Balandin V.N., Pavlushina A.A. (2002) Types of legal process. *Jurisprudentia*=Jurisprudence, no. 4, pp. 22–33 (in Russ.)
6. Bozhev V.P. (1975) *Criminal procedural relations*. Moscow: Juridicheskaya literatura, 176 p. (in Russ.)
7. Borisova L.N. (2004) General theory of procedural rules of law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Rostov: Phoenix, 169 p. (in Russ.)
8. Chervonyuk V.I. (2006) Theory of state and law: textbook. Moscow: Norma, 704 p. (in Russ.)
9. Daev V.G. (1982) *The relationship of criminal law and process*. Leningrad: University, 112 p. (in Russ.)
10. Engibaryan R.V., Krasnov Yu. K. (2010) Theory of state and law: textbook. Moscow: Norma, 576 p. (in Russ.)
11. Gimazetdinov D.R. (2013) Criminal procedural form: general, regulatory and law enforcement analysis. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saratov, 27 p. (in Russ.)
12. Goncharov D.Yu. (2004) Relationships and conflicts of criminal and procedural legislation norms. Candidate of Juridical Sciences Summary. Ekaterinburg, 26 p. (in Russ.)
13. Gulyaev A.P. (2012) Fundamentals of criminal procedure: theory and practice. *Rossiyskiy sledovatel*=Russian Investigator, no. 16, pp. 5–8 (in Russ.)
14. Gurvich M.A. et al. (1975) Soviet civil process. Moscow: Vysshaya shkola, 399 p. (in Russ.)
15. Jenetl S.Z., Nikiforov A.V. (2014) Civil process: textbook. Moscow: RIOR, 449 p. (in Russ.)
16. Kaminskaya V.I. (1965) Place of procedural norms in the system of Soviet law. In: Democratic Foundations of the Soviet Socialist Justice. Moscow: Nauka, pp. 64–69 (in Russ.)
17. Kleptsova T.N. (2007) System of law. In: Theory of state and law: textbook. Moscow: Norma, pp. 295–313 (in Russ.)
18. Kozubenko Yu. V. (2013) Bilateral coordination of procedural and material sectoral structures in mechanism of criminal law regulation. *Actualnye problemy rossiyskogo prava*=Issues of Russian Law, no. 10, pp. 1298–1309 (in Russ.)
19. Kulapov V.L., Malko A.V. (2009) Theory of state and law: manual. Moscow: Norma, 384 p. (in Russ.)
20. Lazarev V.V. (2010) Law and its application. In: Selected works. Moscow: Novaya justitsiya, vol. 1, pp. 476–493 (in Russ.)
21. Lazarev V.V. (2010) The concept and varieties of atypical situations of the law enforcement process. In: Selected works, vol. 1, pp. 31–44 (in Russ.)

22. Lukyanova E.G. (2003) Theory of procedural law. Moscow: Norma, 233 p. (in Russ.)
23. Lupinskaya P.A. (2010) Decisions in criminal proceedings: theory, legislation, practice. Moscow: Norma, 240 p. (in Russ.)
24. Makuev R. Kh. (2010) Theory of state and law: textbook. Moscow: Norma, 640 p. (in Russ.)
25. Morozova L.A. (2003) Theory of state and law: textbook. Moscow: Norma, 320 p. (in Russ.)
26. Morozova L.A. (2007) Theory of state and law: manual. Moscow: Eksmo, 285 p. (in Russ.)
27. Muravyov K.V. (2016) Criminal procedure and implementation of the criminal law. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta*=Bulletin of Tomsk State University, no. 4, pp. 56–68 (in Russ.)
28. Oksamytny V.V. (2004) Theory of state and law: textbook. Moscow: IMPE, 563 p. (in Russ.)
29. Osipov M. Yu. (2009) Concepts of legal processes and their correlation with the legal process. *Sovremennoye pravo*=Modern Law, no. 11, pp. 7–10 (in Russ.)
30. Petrukhin I.L. (2008) Criminal procedural legal relations. In: Russian criminal procedural law. Moscow: Prospekt, pp. 23–24 (in Russ.)
31. Pyanov N.A. (2010) Consultations on theory of state and law. Irkutsk: University, 583 p. (in Russ.)
32. Radko T.N., Lazarev V.V., Morozova L.A. (2012) Theory of state and law: textbook. Moscow: Prospekt, 568 p. (in Russ.)
33. Rumyantsev O.G., Dodonov V.N. (1997) Encyclopedic law dictionary. Moscow: Norma, 377 p. (in Russ.)
34. Salishcheva N.G. (1967) Administrative process in the USSR: textbook. Moscow: Juridicheskaya literatura, 158 p. (in Russ.)
35. Skobelkin V.N. (1999) Labor relations: textbook. Moscow: Verdikt, 372 p. (in Russ.)
36. Skobelkin V.N. et al. (2002) Functions, subject, method and system of labor procedural law. In: Labor procedural and procedural law. Voronezh: University, pp. 9–36 (in Russ.)
37. Smolensky M.B. et al. (2011) Theory of state and law: textbook. Rostov: Phoenix, 478 p. (in Russ.)
38. Sorokin V.D. (1972) *Administrative procedural law*. Moscow: Juridicheskaya literatura, 240 p. (in Russ.)
39. Sorokin V.D. (2005) Selected works. Saint Petersburg: Juridicheskiy press center, 1084 p. (in Russ.)
40. Shagieva R.V., Erofeeva D.V. (2011) The system of law and the system of legislation: concepts and correlation. In: Issues of theory of state and law. Moscow: Norma, pp. 338–367 (in Russ.)
41. Shadrina E.G. (2003) The relationship of Russian criminal, criminal-executive and criminal procedural law (disagreement and agreement). Candidate of Juridical Sciences Summary. Samara, 21 p. (in Russ.)
42. Vlasenko N.A. (2015) Theory of state and law: textbook. Moscow: Prospekt, 413 p. (in Russ.)
43. Vlasov V.I., Vlasova G.B. (2011) Theory of state and law: textbook. Rostov: Phoenix, 331 p. (in Russ.)
44. Yakimovich Yu. K. (2014) Objective truth in criminal proceedings. *Ugolovnaya justitsia*=Criminal Justice, no. 1, pp. 69–74 (in Russ.)

45. Yakupov R. Kh. (1993) Law enforcement in the criminal process in Russia. Moscow: Interior Ministry Press, 195 p. (in Russ.)

46. Zharikov Yu. S. (2009) *Criminal procedural regulation in the mechanism of its implementation*. Moscow: Jurisprudentia, 216 p. (in Russ.)

---

**Информация об авторе:**

В.В. Кожевников — профессор, доктор юридических наук.

**Information about the author:**

V.V. Kozhevnikov — Professor, Doctor of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 29.09.2022; одобрена после рецензирования 14.10.2022; принята к публикации 28.02.2022.

The article was submitted 29.09.2022; approved after peer review 14.10.2022; accepted for publication 28.02.2022.

*Научная статья*

УДК 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.155.183

# **Проблемы обеспечения международно-правовых гарантий в сфере охраны здоровья человека в условиях пандемии COVID-19**



**Аслан Хусейнович Абашидзе<sup>1</sup>, Владислав Сергеевич  
Маличенко<sup>2</sup>**

<sup>1</sup> Российский университет дружбы народов, Россия 117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6.

<sup>2</sup> Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Россия 117218, Москва, ул. Большая Черемушкинская, д. 34.

<sup>1</sup> aslan.abashidze@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0012-8795

<sup>2</sup> vlad.malichenko@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3136-8054



## **Аннотация**

Коронавирусная инфекция стала крупнейшим за последнее столетие вызовом человечеству, продемонстрировав ряд проблем системного характера в сфере охраны здравоохранения как на национальном, так и международном уровне. Перегрузка медицинских учреждений, сопровождаемая стремительным ростом потребности в различных технологиях здравоохранения, спровоцировала всплеск ограничений и дискриминации при доступе к медицинской помощи и лекарственным средствам, в особенности в развивающихся странах. Необходимость поддержания баланса интересов индивидуума и разработчиков технологий здравоохранения, отчетливо обозначившаяся с момента унификации международно-правовых механизмов защиты прав интеллектуальной собственности, обсуждается в контексте роста затрат на вакцины и другие тех-

нологии лечения COVID-19. В статье анализируются международно-правовые основы права на наивысший достижимый уровень здоровья, закрепленные международными договорами универсального и регионального характера, а также актами, принимаемыми профильными международными организациями. Особое внимание уделяется анализу гарантий охраны здоровья уязвимых категорий населения. В частности, подчеркивается уязвимость медицинских работников перед лицом инфекционных пандемий, что увеличивает трудности в обеспечении права на здоровье населения. В работе устанавливается взаимосвязь охраны здоровья человека и реализации иных основополагающих человеческих прав, подверженных влиянию распространения вируса (право на питание, воду и санитарные услуги). В условиях ограничения доступа к технологиям здравоохранения обосновывается необходимость рационального применения норм защиты прав интеллектуальной собственности для обеспечения реализации права на наивысший достижимый уровень здоровья. Проанализированы международно-правовые механизмы, нацеленные на расширение доступа к жизненно важным технологиям здравоохранения в условиях чрезвычайных ситуаций. Обращено внимание на нарастание противоправной деятельности под влиянием дефицитности лечебных средств, существенно ограничивающей возможность реализации прав человека.

---



### Ключевые слова

пандемия, COVID-19, права человека, гарантии охраны здоровья, дискриминация, уязвимые категории населения, корпоративная ответственность, противоправные деяния в сфере охраны здоровья.

---

---

**Для цитирования:** Абашидзе А.Х., Маличенко В.С. Проблемы обеспечения международно-правовых гарантий в сфере охраны здоровья человека в условиях пандемии COVID-19 // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4. С. 155–183. DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.155.183.

## Law in the Modern World

*Research article*

### Executing International Legal Guarantees of Human Health Protection in Context of COVID-19 Pandemic



**Aslan Kh. Abashidze<sup>1</sup>, Vladislav S. Malichenko<sup>2</sup>**

<sup>1</sup> RUDN University, 6 Miklukho-Maklaya Str., Moscow 117198, Russia

<sup>2</sup> Institute of Foreign Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russia

<sup>1</sup> aslan.abashidze@gmail.com ORCID: 0000-0003-0012-8795

<sup>2</sup> vlad.malichenko@gmail.com ORCID: 0000-0003-3136-8054



## Abstract

The coronavirus pandemic has become the biggest challenge to humanity over the whole century, exposing a number of systemic issues in the field of human health, both at the national and international levels. The catastrophic burden on health care facilities, coupled with the rapid growth in the need to provide health technologies, has increased the incidence of restrictions and discrimination in access to health care and medicines, especially in the developing world. The need to maintain balance between interests of healthcare technology companies and needs of the individual, is clearly seen since the unification of international legal mechanisms of intellectual property rights protection, and is being discussed with renewed interest in the context of the rapid growth of vaccines cost and other medicines for the treatment of COVID-19. In the article the authors analyze the international legal foundations of the right to the highest attainable level of health, formulated in acts of a universal and regional nature, as well as acts adopted by specialized international organizations. Particular attention is focused on analysis of vulnerable populations health protection, in the context of the growing negative consequences of the pandemic spread. Authors highlight the vulnerability of health workers to infectious pandemics, which increases potential barriers to ensuring the right to health among the entire population. The paper establishes the relationship between ensuring the protection of human health and the implementation of other fundamental human rights affected by the spread of the virus, such as the right to food, the right to water and sanitation. In the context of a significant increase in the problem of restricting access to health technologies, the article justifies need for rational application of norms in the field of intellectual property rights protection to ensure execution of the right to the highest attainable standard of health. The authors analyzed the international legal mechanisms aimed at expanding access to vital healthcare technologies in emergency situations. The article draws attention to the various forms of illegal activity, which dramatically rises under the influence of medical products shortages and significantly limits exercising human rights.



## Keywords

pandemic, COVID-19, human rights, health guarantees, discrimination, vulnerable population, corporate responsibility, illegal activity in the field of health protection.

**For citation:** Abashidze A.Kh., Malichenko V.S. (2022) Executing International Legal Guarantees of Human Health Protection in Context of COVID-19 Pandemic. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 155–183 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.155.183.

## Введение

За последние десятилетия под влиянием социально-демографических потрясений, выражающихся в старении населения и распространении хронических неинфекционных заболеваний, существенно возросли бюджетные затраты на социальную сферу. По прогнозам экспертов к 2030 г. глобальные затраты на сферу здравоохранения вырастут до 9,9 трлн. долл. США, а к 2050 г. они достигнут 13,7 — 15,1 трлн. долл. При этом нынешние диспропорции в финансировании в различных странах и регионах сохранятся. К 2030 г. ежегодные затраты системы здравоохранения экономически раз-

витых стран возрастут до 6023 долл. на душу населения, тогда как в странах с низким уровнем экономического развития данный показатель составит 35 долл. На развивающиеся страны в которых живет 84% населения планеты, приходится только 20% общемирового ВВП и 12% общемировых затрат на здравоохранение, что не позволяет обеспечить необходимого количества медицинских учреждений и медработников на душу населения, равно как и доступности медицинских услуг. Нагрузки заболеваемости на разные регионы мира также распределяются неравномерно. Так, до начала пандемии COVID-19 на развивающиеся страны приходилось 90% «глобального бремени заболеваний» [Gottret P., Schieber G., 2006: 22]. Диспропорции в доступности медицинской помощи приводят к систематическим нарушениям основополагающих прав человека.

Пандемия стала серьезным испытанием национальных, наднациональных и международно-правовых институтов. Проходят проверку на прочность механизмы защиты прав и свобод человека [Хабриева Т.Я. 2022: 5–9]. Среди них в первую очередь проблема доступа к медико-социальной помощи, которая достигла максимальной остроты в условиях распространения вируса COVID-19. В мировой экономике пандемия COVID-19 привела к самой масштабной после Второй Мировой войны рецессии. Согласно докладу МВФ «Перспективы развития мировой экономики», в 2020 г. мировой ВВП сократился на 3,5%. Хотя в 2021 г. отмечались тенденции к его восстановлению, объем ВВП не превысит уровня до пандемии<sup>1</sup>. Несмотря на семь чрезвычайных ситуаций в сфере здравоохранения после принятия новой редакции Международных медико-санитарных правил (далее — ММСП), только пандемия COVID-19 выступила мощнейшим индикатором, позволившим продемонстрировать несостоятельность государственной политики и международного сообщества в реализации системных мер противодействия распространению заболевания и охране основополагающих прав человека [Dalglish S., 2020: 1189].

Пандемия COVID-19 стала испытанием социальной сферы каждого государства вне зависимости от уровня экономического развития. К декабрю 2021 г. было зарегистрировано 260 млн. заражений вирусом COVID-19 и 5 млн. летальных исходов, хотя в действительности уровень смертности может быть значительно больше. Последствия пандемии COVID-19 выражаются в дефиците медицинской помощи, включая нехватку диагностических тестов, аппаратов ИВЛ и кислорода, а также средств индивидуальной защиты медицинских работников и персонала. Страны, исторически обладающие высокоразвитой системой здравоохранения, но вынужденные со-

---

<sup>1</sup> International Monetary Fund. 2020. World Economic Outlook: A Long and Difficult Ascent. Washington, 2021.

кращать расходы на социальную сферу в последние годы ввиду общемировых экономических потрясений, также столкнулись с катастрофическими последствиями COVID-19 [Prante F. et al., 2020: 147–152]; [Maani N., Galea S., 2020: 250–259].

Существенная нагрузка на медико-социальную сферу определила чрезвычайную потребность в дополнительных источниках финансирования, особенно в развивающихся странах. По оценкам экспертов, потребность в дополнительном финансировании 73 развивающихся стран колеблется в пределах 33–62 млрд. долл. [Tan-Torres E. et al., 2020: 1372–1379]. Высокая потребность в финансировании привела к росту программ содействия здравоохранению. Однако охват систем здравоохранения глобальной финансовой помощью также характеризуется существенными диспропорциями. Так, страны Латинской Америки и Карибского бассейна получили всего 5,2% общего объема глобальной помощи на борьбу против COVID-19, хотя на данный регион приходится около 25% летальных исходов от данного вируса<sup>2</sup>.

Пандемия COVID-19 стала индикатором, выявившим основные проблемные зоны здравоохранения, а также недостаточность международного сотрудничества в данной сфере, что, в частности, отмечено в недавнем Заявлении Комитета по экономическим, социальным и культурным правам (далее — КЭСКП) о пандемии коронавирусной инфекции (COVID-19) и экономических, социальных и культурных правах<sup>3</sup>. В нем как на национальном, так и на международном уровнях определены возможные меры противодействия COVID-19, предполагающие обмен данными клинических исследований, медицинским оборудованием, материалами и передовым опытом, координацию усилий по уменьшению экономических и социальных последствий пандемии, ограничение экономических санкций, а также режимов охраны интеллектуальной собственности. Значительное внимание уделено уязвимым категориям населения, странам с нестабильной экономической и политической ситуаций [Püras D. et al., 2020: 1888–1890].

## **1. Правовые гарантии охраны здоровья при чрезвычайных ситуациях**

Право на здоровье, провозглашенное в международных договорах универсального и регионального характера в области прав человека, а также закрепленное в конституциях более чем 135 государств — это всеохватыва-

---

<sup>2</sup> Institute for Health Metrics and Evaluation (IHME). Financing Global Health 2020: The impact of COVID-19. Seattle, 2021. Available at: [https://www.healthdata.org/sites/default/files/files/policy\\_report/FGH/2021/FGH\\_2020\\_full-report.pdf](https://www.healthdata.org/sites/default/files/files/policy_report/FGH/2021/FGH_2020_full-report.pdf) (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>3</sup> Комитет по экономическим, социальным и культурным правам. E/C.12/2020/1.

вающее право, распространяющееся на своевременную и надлежащую медицинскую помощь и на другие определяющие компоненты охраны здоровья. Право человека на здоровье на международном уровне было впервые сформулировано в рамках Устава Всемирной организации здравоохранения (далее — ВОЗ; 1946), позже получив расширительную трактовку в ст. 25 Всеобщей декларации прав человека (далее — ВДПЧ; 1948) и ст. 12 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (далее — МПЭСКП; 1966). В последующем во всех основных международных договорах универсального характера о защите прав человека дополнительно уточнялись права уязвимых категорий населения на наивысший достижимый уровень здоровья.

Посредством МПЭСКП государства приняли международное обязательство сотрудничать в постепенной реализации права человека на указанный уровень здоровья. Более широкое осмысление права человека на здоровье и значения доступа к технологиям здравоохранения было сформулировано в Замечаниях общего порядка, подготовленных КЭСКО. Замечания общего порядка не являются актом обязательного характера, но они играют роль в установлении унифицированных подходов к реализации положений МПЭСКП. В частности, в 2000 г. КЭСКО принял Замечание общего порядка № 14 «Право на наивысший достижимый уровень здоровья», раскрывающее нормативное содержание ст. 12 МПЭСКП. В Замечании сформулированы четыре взаимосвязанных элемента доступа к необходимым технологиям здравоохранения: наличие, доступность, приемлемость и качество. Кроме того, подчеркивается, что положения ст. 12 МПЭСКП формулируют обязательства обеспечения реализации права на здоровье.

МПЭСКП предполагает реализацию закрепленных государствами прав «в пределах имеющихся ресурсов» (ст. 2), что в контексте тотального ограничения финансирования здравоохранения не упрочивает гарантии достижения наивысшего уровня здоровья. Действующими актами международного права не сформулировано обязательств государств в отношении эквивалентно высокого уровня медицинского обслуживания. В то же время в 1990 г. КЭСКО подготовил Замечание общего порядка № 3, предусматривавшее, что даже в ситуации очевидного дефицита ресурсов государство должно обеспечивать выполнение по крайней мере минимально необходимого уровня каждого из закрепленного в МПЭСКП прав. Это предполагает доступ к минимуму основных лекарственных средств, медицинских изделий и услуг, определенных ВОЗ<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> WHO. General Comment No. 3: The nature of States parties' obligations (Article 2, para 1) (1990). Adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at the Fifth Session. E/1991/23, 14 December 1990.

Кроме того, обязательство использования максимально возможных ресурсов в соответствии с большинством международных актов о защите прав человека предполагает техническую и финансовую взаимопомощь государств в целях реализации права на здоровье. В частности, приверженность данным направлениям сотрудничества сформулирована в Алма-Атинской декларации (1978) и Оттавской хартии укрепления здоровья (1986). Обязательство о максимально возможных ресурсах предполагает привлечение частного сектора, включая частные медицинские учреждения и лаборатории, для охвата населения услугами здравоохранения в условиях чрезвычайных ситуаций<sup>5</sup>. К примеру, в Испании и Великобритании для обеспечения доступности медицинской помощи использованы мощности частных медицинских организаций<sup>6</sup>. В США сформировалась противоположная ситуация, там участились отказы в медицинской помощи вследствие отсутствия медицинской страховки или гигантских счетов на оплату помощи [Shadmi E. et al., 2020: 1–16]<sup>7</sup>.

Дефицит ресурсов медицинской помощи отягчает проблемы дискриминации отдельных категорий населения. Реализация права человека на здоровье сопряжена с соблюдением универсальных принципов защиты прав личности, предполагающих равенство. Основные положения недопущения дискриминации по различным основаниям сформулированы в универсальных актах о защите прав человека, в частности, в ст. 7 ВДПЧ, ст. 26 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее — МПГПП). Антидискриминационные положения МПГПП дополнительно раскрываются в рамках замечаний общего порядка №18<sup>8</sup> и №28 (1989) Комитета ООН по правам человека<sup>9</sup>. Более предметно дискриминация при обеспечении охраны права человека на здоровье характеризуется Венской декларацией и про-

---

<sup>5</sup> Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 2020. E/C.12/2020/1.

<sup>6</sup> Available at: <https://www.businessinsider.com/coronavirus-spain-nationalises-private-hospitals-emergency-covid-19-lockdown-2020-3> (дата обращения: 22.02.2022); Available at: <https://www.england.nhs.uk/2020/03/nhs-strikes-major-deal-to-expand-hospital-capacity-to-battlecoronavirus/> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>7</sup> Available at: <https://www.theguardian.com/us-news/2020/apr/16/profit-over-people-costover-care-americas-broken-healthcare-exposed-by-virus> (дата обращения: 22.02.2022); Available at: <https://www.cnbc.com/2020/04/01/covid-19-hospital-bills-couldcost-uninsured-americans-up-to-75000.html> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>8</sup> UN Human Rights Committee (HRC) General Comment No. 18: Non-discrimination (art.2 of the International Convention on Civil and Political Rights) 1989. HRI/GEN/1/Rev.1/1.

<sup>9</sup> UN Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 28: The Equality of Rights Between Men and Women (art.3 of the International Convention on Civil and Political Rights) 2000. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

граммой действий (1993)<sup>10</sup>. Противодействию дискриминации посвящена ст. 2 п. 2 МПЭСКП, сформулировавшая обязательство по противодействию дискриминации при реализации права на наивысший достижимый уровень здоровья. Позже КЭСКП в Замечании общего порядка №20 подчеркивал, что недискриминация и равенство являются фундаментальными компонентами прав человека и имеют важное значение при реализации экономических, социальных и культурных прав<sup>11</sup>.

Внимания при рассмотрении реализации права человека на здоровье в контексте пандемии COVID-19 заслуживает также доступ к вакцинам. Обеспечение всеобщего равного доступа к вакцинам и лекарственным средствам для лечения COVID-19 является одним из главных вызовов пандемии COVID-19 в контексте охраны права на здоровье. Данной проблеме был посвящен ряд резолюций Генеральной Ассамблеи ООН (далее — ГА ООН): о глобальной солидарности в борьбе с коронавирусным заболеванием COVID-19 (A/RES/74/270), о международном сотрудничестве в целях обеспечения глобального доступа к лекарствам, вакцинам и медицинскому оборудованию для противодействия COVID-19 (A/RES/74/274), о всеобъемлющих и скоординированных мерах реагирования на COVID-19 (A/RES/74/306) и об объединенном ответе на глобальные угрозы здоровью и борьбе с COVID-19 (A/RES/74/307). Кроме того, признавая взаимозависимость реализации права на здоровье и доступа к вакцинации, Совет по правам человека ООН принял резолюцию № 46/14 «Обеспечение справедливого, недорогостоящего, своевременного и всеобщего доступа всех стран к вакцинам в ответ на пандемию коронавирусного заболевания (COVID-19)»

Основным барьером на пути доступа к вакцинам выступает их высокая стоимость, защищенная патентными механизмами. Это заставляет искать баланс между соблюдением положений торговых соглашений, норм защиты прав интеллектуальной собственности и гарантий, сформулированных в международных договорах универсального характера о защите прав человека для создания всеобщего доступа к технологиям здравоохранения на недискриминационной основе. В частности, данный призыв сформулирован в рамках двух Заявлениях КЭСКП, посвященных всеобщему доступу к вакцинации против COVID<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> World Conference on Human Rights in Vienna, Vienna Declaration and Programme of Action (25 June 1993), para 5.

<sup>11</sup> General comment no. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). UN. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 2009. E/C.12/GC/20.

<sup>12</sup> Заявление о всеобщем и равном доступе к вакцинам против коронавирусной инфекции (COVID-19). Комитет по экономическим, социальным и культурным правам. E/C.12/2020/2.

С целью противодействия дефициту финансирования необходимых медицинских средств в борьбе с COVID-19 учрежден Механизм глобального доступа к вакцинам против COVID-19 (далее — COVAX), направленный на справедливое распределение диагностических препаратов, терапевтических средств и вакцин.

Не менее важным фактором ограничения доступа является дефицит, порожденный недостаточностью производственных мощностей. В период вспышки вируса гриппа А в 2009 г. страны с высоким уровнем экономического развития скупили практически все запасы доступных вакцин. Несмотря на призывы ВОЗ о гуманитарной помощи, доступ к необходимой продукции в странах с низким и средним уровнем экономического развития был чрезвычайно ограничен [Fidler D., 2012: 161–172]. Ограничение доступного объема вакцин против COVID-19 сформировало новый феномен, получивший название «вакцинного национализма» и подразумевающий приоритет страны-производителя в получении необходимого объема вакцин или иных лекарственных препаратов. Особенно отчетливо данная тенденция прослеживалась в первый год пандемии. Например, генеральный директор одного из крупнейших фармацевтических производителей заявил, что США «имеют право на самый крупный предварительный заказ», поскольку компания подписала соглашение с Управлением перспективных биомедицинских исследований и разработок США. В средствах массовой информации появлялись публикации о попытках приобретения администрацией США эксклюзивных прав на вакцину против коронавируса COVID-19<sup>13</sup>.

С целью противодействия систематическим диспропорциям в отношении доступа к технологиям здравоохранения и обеспечения права человека на здоровье КЭСМП целесообразно сформулировать минимальные стандарты реализации права на здоровье. Подобный подход позволил бы уточнить нормативное содержание понятия «в пределах имеющихся ресурсов» и обеспечить универсальный подход к установлению правовых гарантий права человека на здоровье на национальном уровне. Принимая во внимание роль медицинских технологий в противодействии чрезвычайным ситуациям в здравоохранении, КЭСМП много внимания уделяет рекомендациям о разработке Замечаний общего порядка об обязательствах государств по МПЭСМП в контексте доступа к технологиям здравоохранения, учитывающих нормативное содержание права человека на здоровье и доступ к достижениям научного прогресса.

---

<sup>13</sup> Available at: [https://www.washingtonpost.com/world/europe/germany-coronavirus-cure-vaccine-trump-rights/2020/03/15/8d684c68-6702-11ea-b199-3a9799c54512\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/europe/germany-coronavirus-cure-vaccine-trump-rights/2020/03/15/8d684c68-6702-11ea-b199-3a9799c54512_story.html) (дата обращения: 22.02.2022)

## 2. Ограничение прав уязвимых категорий населения

Маргинализированные социальные группы (к которым традиционно относят мигрантов, меньшинства, женщин, лиц пенсионного возраста, лиц, инфицированных ВИЧ) подвержены еще большему риску ограничений в отношении реализации права на здоровье в сравнении с другими категориями населения в условиях пандемии COVID-19.

### 2.1. Лица пожилого возраста

Поддержание здоровья и активности пожилых является важным показателем пользы государственных стратегий здравоохранения и социального обеспечения. Циклические экономические и финансовые кризисы, затрагивающие население всех государств, в особенности угрожают благополучию пожилых. Согласно тематическому исследованию о праве пожилого человека на здоровье, основными структурными проблемами организации оказания медико-социальной помощи пожилым являются нехватка персонала, перегруженность лечебных учреждений, отсутствие профилактики, дороговизна медицинских услуг и лекарств<sup>14</sup>.

В условиях распространения COVID-19 проблемы здоровья лиц рассматриваемой категории усугубляются. Они более предрасположены к тяжелому течению COVID-19. Уровень смертности от COVID-19 также увеличивается с возрастом. В июле 2020 г. генеральный директор ВОЗ отметил, что коэффициент летальности среди лиц старше 60 лет составляет почти 15%, что в 10 раз выше, чем у молодых<sup>15</sup>. По состоянию на 1 марта 2021 г. 7 из 10 смертей от COVID-19 приходились на категорию лиц старше 65 лет.

Пожилые сталкиваются с дополнительными трудностями при доступе к медицинским услугам ввиду карантинных мер и других ограничений<sup>16</sup>. Парадоксально, но особенно уязвимыми в период пандемии оказались лица, пребывающие в «учреждениях долгосрочного ухода» (домах престарелых)<sup>17</sup>. По данным ВОЗ, в первые месяцы пандемии во многих странах более 40%

---

<sup>14</sup> Тематическое исследование об осуществлении права пожилых на здоровье, подготовленное специальным докладчиком о праве каждого на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья. 2011. A/HRC/18/37.

<sup>15</sup> Available at: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-and-closing-remarks-on-olderpersons-and-covid-19---28-july-2020> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>16</sup> Available at: <https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-05/Policy-Brief-The-Impact-of-COVID-19-on-Older-Persons.pdf> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>17</sup> Available at: <https://www.hrw.org/news/2020/04/07/rights-risks-older-people-covid-19-response> (дата обращения: 22.02.2022)

смертей, связанных с COVID-19, происходили в таких учреждениях, причем в некоторых странах эти цифры достигали 80%<sup>18</sup>.

Лица пожилого возраста должны обладать постоянным доступом к качественному медицинскому обслуживанию, учитывающему особенности течения COVID-19. Однако во многих странах нет специализированного геронтологического обслуживания, что не может не оказывать негативного влияния на соответствие медицинской помощи потребностям пожилых, особенно в условиях распространения нового жизнеугрожающего заболевания.

Основные международные договоры по правам человека закрепляют принцип равенства и недискриминации на основе различных признаков, но не содержат положений о запрещении дискриминации по возрастному признаку. Несмотря на это, по данным ООН, большинство международных соглашений по правам человека включают достаточное количество имплицитных обязательств по отношению к пожилым. КЭСКП в Замечании общего порядка № 6 подтвердил обязательства государств-участников МПЭСКП перед лицами пожилого возраста<sup>19</sup>.

Отдельного внимания в контексте введения режимов самоизоляции для лиц старших возрастных групп является проблема потери устойчивого источника дохода, что незамедлительно приводит к ухудшению качества жизни и к сокращению возможностей обеспечивать необходимый уровень здоровья. Данная проблема особенно назрела в развивающихся странах, где основная доля расходов на медицинскую помощь приходится на собственные средства населения. Социальная интеграция, труд и занятость имеют столь же важное значение для пожилых, как и для других возрастных групп. Право «каждого на справедливые и благоприятные условия труда», провозглашенное в ст. 7 МПЭСКП, имеет в контексте трудовой деятельности пожилых особенно важное значение и гарантирует безопасные условия труда данной группы до выхода на пенсию. КЭСКП в Замечании общего порядка № 6 призвал государства принимать меры к предотвращению дискриминации в сфере трудовых отношений на основании возраста.

Действующие национальные и международные механизмы защиты прав пожилых не отвечают современным потребностям данной группы населения, особенно же в контексте чрезвычайных ситуаций инфекционного генеза. Государства должны разрабатывать и осуществлять более эффективные межсекторальные стратегии и программы защиты прав лиц пожилого возраста в соответствии с принципами равенства и недискриминации, учи-

---

<sup>18</sup> Available at: [https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy\\_Brief-Long-term\\_Care-2020.1](https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy_Brief-Long-term_Care-2020.1) (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>19</sup> Доклад о социальной защите в мире 2014/15: обеспечение экономического восстановления, инклюзивного развития и социальной справедливости. Группа по вопросам достойного труда и Бюро МОТ для стран Восточной Европы и Центральной Азии. М., 2015.

тывающих особенности воздействия распространения пандемии и других потенциальных вирусов на различные аспекты жизнедеятельности лиц пожилого возраста.

## 2.2. Лица с ограниченными возможностями

По данным Всемирного банка около 15% обитателей планеты страдают какой-либо формой инвалидности. основополагающие международно-правовые акты, формирующие Международный билль о правах человека, не содержат прямых упоминаний о правах инвалидов. Вместе с тем, за последние десятилетия достигнут существенный прогресс в области закрепления гарантий отдельных уязвимых категорий населения на надлежащий доступ к здравоохранению. Так, в 1994 г. КЭСКО принято Замечание общего порядка № 5 «Лица с инвалидностью». Документ поясняет вопросы охраны прав инвалидов в контексте реализации МПЭКОП, несмотря на отсутствие в МПЭКОП положений, связанных с инвалидностью. По определению Комитета, право на физическое и психическое здоровье (ст. 12) подразумевает право доступа к медицинским и социальным услугам, включая ортопедические протезы, которые позволяют инвалидам стать самостоятельными, предотвратить дальнейшее обострение болезни и поддержать их социальную интеграцию, равно как и право пользоваться такими услугами.

В 2006 г. ГА ООН приняла Конвенцию о защите прав инвалидов, а также Факультативный протокол к ней, ставшие первыми международно-правовыми документами по защите прав инвалидов. Отдельные положения Конвенции (ст. 25) устанавливают право инвалидов на наивысший достижимый уровень здоровья без дискриминации по признаку инвалидности, а также закрепляют ответственность государств за доступ инвалидов к услугам в сфере здравоохранения. Конвенция ООН о правах ребенка (1989) также закрепляет необходимость обеспечения доступа «неполноценных в умственном или физическом отношении детей» к услугам в области медицинского обслуживания и восстановления здоровья.

Проблема доступа лиц с ограниченными возможностями к медицине чрезвычайно актуализировалась в условиях COVID-19. В Совместном заявлении, посвященном COVID-19, председатель Комитета по правам инвалидов и специальный посланник Генерального секретаря ООН по вопросам инвалидности и доступности подчеркивал обязательство государств оказывать медицинскую помощь лицам с инвалидностью в необходимом объеме без перерывов<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Basharu D., Reyes M. Joint Statement. Persons with Disabilities and COVID-19 by the Chair of the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, on Behalf of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities and the Special Envoy of the United Nations Secretary-General on Disability and Accessibility. 2020.

Специальный докладчик ООН по правам лиц с ограниченными возможностями указывает в заявлении о COVID-19, что даже меры сдерживания, как социальное дистанцирование и самоизоляция, могут существенно влиять на лиц с ограниченными возможностями<sup>21</sup>.

Пристального внимания заслуживает охрана здоровья социальных работников. Зависимость лиц с ограниченными возможностями от помощников и высокая доля пребывающих в социальных учреждениях повышает уязвимость к передаче COVID-19, что на заре пандемии определяло необходимость приоритетного доступа к тестированию для выявления вируса и минимизации его передачи. В ряде стран социальные работники попадали в группу населения, освобождающуюся от ограничений передвижения и физического дистанцирования для поддержки инвалидов.

В условиях продолжающейся пандемии COVID-19 проблема качественной медико-социальной помощи без дискриминации по какому-либо признаку остается на повестке дня каждого государства. Социальная политика должны учитывать потребности не только лиц с формой инвалидности, а также социальных работников, вовлеченных в оказание необходимой помощи. Глобальные программы финансовой поддержки мероприятий, направленных на борьбу с COVID-19 и предполагающих обеспечение технологиями здравоохранения, также должны учитывать специфические потребности лиц с ограниченными возможностями включая ассистивные технологии, необходимые для реабилитации и поддержания необходимого качества жизни.

### **2.3. Лица без гражданства**

К высокой группе риска ввиду зачастую полного отсутствия гарантий в отношении бесплатного получения медицинской помощи в стране пребывания следует отнести категорию «неграждан», охватывающую беженцев, трудовых мигрантов, лиц без гражданства. Руководствуясь актами универсального характера, каждый человек на территории любого государства вне зависимости от гражданства или миграционного статуса обладает правом на доступ к медицинским учреждениям, товарам и услугам без дискриминации.

Согласно ст. 55 Международной конвенции о защите прав трудящихся-мигрантов и их семей (1990), все они имеют право получать любую срочно необходимую медицинскую помощь для сохранения их жизни или предотвращения непоправимого вреда их здоровью на основе равенства обращения с гражданами соответствующего государства независимо от их миграционного статуса. Но в большинстве государств мира неграждане могут

---

<sup>21</sup> Available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25725> (дата обращения: 22.02.2022)

получить доступ только к основной или неотложной медицинской помощи. Например, в США мигранты с неурегулированным статусом получают доступ только к службам экстренной помощи<sup>22</sup>. В значительном количестве европейских государств «первичная медико-санитарная помощь недоступна лицам с неурегулированным миграционным статусом»<sup>23</sup>.

В Конвенции также закреплено, что трудящиеся-мигранты, обладающие документами, разрешающими постоянное пребывание на территории страны, имеют право на доступ к необходимым медицинским услугам наравне с гражданами. Аналогичным образом ст. 5 Конвенции МОТ о работниках-мигрантах (1949) требует, чтобы государства-участники гарантировали соответствующие медицинские услуги мигрантам для работы и их семьям<sup>24</sup>. Руководство о защите прав мигрантов в уязвимых ситуациях устанавливает, что системы здравоохранения и национальные планы охраны здоровья должны включать мигрантов, независимо от их статуса.

Несмотря на гарантии защиты права на здоровье лиц без гражданства, они сталкиваются с барьерами по всему миру ввиду пандемии COVID-19.<sup>25</sup> В частности, Верховный комиссар ООН по делам беженцев подчеркнул уязвимость трудовых мигрантов перед угрозой ограничения доступа к медицинской помощи в условиях пандемий, приведя в пример действия властей Боснии при перевозке тысяч мигрантов в поселение, прилегающее к границе Хорватии, без доступа к необходимой медицинской помощи<sup>26</sup>. В 2020 г. Управление Верховного комиссара по правам человека (далее — УВКПЧ), ВОЗ и Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев (далее — УВКБ) опубликовали совместное заявление, подчеркивающее необходимость охраны права на здоровье беженцев, мигрантов и лиц без гражданства в условиях распространения COVID-19 и их доступа к национальным мерам профилактики, тестирования и лечения инфекции<sup>27</sup>. Аналогичная позиция сформулирована в резолюции Совета по правам человека ООН № 47/12, подтвердившей необходимость содействия равному доступу

---

<sup>22</sup> Available at: <https://www.cms.gov/newsroom/fact-sheets/emergency-health-services-undocumented-aliens> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>23</sup> Available at: <https://picum.org/wp-content/uploads/2020/03/COVID-19-Statement-March-2020.pdf> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>24</sup> Available at: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312242](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312242) (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>25</sup> Available at: <https://publications.iom.int/books/mrs-no-60-migrants-and-covid-19-pandemic-initial-analysis> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>26</sup> Available at: <https://www.unhcr.org/refugeebrief/the-refugee-brief-27-march-2020/> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>27</sup> Available at: <https://www.who.int/news-room/detail/31-03-2020-ohchr-iom-unhcr-and-who-jointpress-relse-the-rights-and-health-of-refugees-migrants-and-stateless-must-be-protected-in-covid-19-response> (дата обращения: 22.02.2022)

мигрантов к услугам здравоохранения, профилактике заболеваний и уходу, включая равный доступ всех мигрантов к диагностике, лечению и вакцинам для противодействия COVID-19.

Вследствие систематических ограничений уязвимых групп населения в доступе к необходимой медицинской помощи в условиях COVID-19, международным организациям необходимо продолжить работу над конкретизацией обязательств государств по обеспечению права на наивысший достижимый уровень здоровья. В частности, среди основных обязательств государств необходимо выделить: надлежащую подготовку специалистов медико-социальной помощи пожилым и лицам с ограниченными возможностями; устойчивое финансирование научных исследований в области наиболее востребованных технологий здравоохранения, включая реабилитационные технологии; развитие информирования населения о государственных обязательствах по оказанию медицинской помощи.

#### **2.4. Защита прав медицинских работников**

С начала пандемии медицинские работники стали наиболее уязвимой категорией населения. Во всем мире они составляют высокий процент инфицированных COVID-19. По данным Международного совета медицинских сестер, к концу октября 2021 г. 1500 медсестер из 44 стран умерли, а общее количество погибших среди медицинских работников достигло 20 тыс. человек<sup>28</sup>. Преобладающую их долю составляют женщины. По данным ООН из медицинских работников, инфицированных COVID-19 в Испании и Италии, женщины составляли 72% и 66 % соответственно.

Врачи по всему миру сталкивались с систематическими нарушениями права на здоровья, а также других ассоциированных прав. В 2020 г. Британская медицинская ассоциация (ВМА) опрашивала 16000 врачей на территории Великобритании о доступности необходимых средств индивидуальной защиты. 48% медицинских работников сообщили что покупали средства индивидуальной защиты самостоятельно, 65% опрошенных врачей заявили, что чувствовали себя недостаточно защищенными от вируса<sup>29</sup>. Специальный докладчик о последствиях для прав человека экологически обоснованного регулирования и удаления опасных веществ и отходов в своем заявлении подчеркнул героизм медицинских работников и наивысшие проявления

<sup>28</sup> Available at: <https://www.icn.ch/news/icn-confirms-1500-nurses-have-died-covid-19-44-countries-and-estimates-healthcare-worker-covid> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>29</sup> Available at: <https://www.bma.org.uk/news-and-opinion/bma-survey-reveals-almost-half-of-doctors-have-relied-upon-donated-or-self-boughtppe-and-two-thirds-still-don-t-feel-fully-protected> (дата обращения: 22.02.2022)

ими человечности, при этом обратив внимание, что дефицит жизненно важных средств индивидуальной защиты остается во всех регионах мира<sup>30</sup>.

Другой не менее важной проблемой являются несправедливые условия труда. Во многих регионах мира медицинские работники не получают необходимых доплат за сверхурочные работы или даже базовую заработную плату. Так, Агентство правовой помощи Индонезийской ассоциации медсестер сообщило о 330 сокращениях заработной платы медицинских сестер в государственных или частных больницах.

Согласно ст. 7 МПЭСКП, все государства должны признавать право каждого человека на справедливые и благоприятные условия труда, что в последующем дополнительно конкретизируются в Замечании общего порядка №23 КЭСКП. В Замечании общего порядка №14 КЭСКП сформулировано обязательство государств принимать необходимые меры против опасностей профессиональному здоровью и против любых других угроз эпидемиологического характера, а также внедрять и периодически пересматривать согласованную политику для минимизации риска несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний и обеспечения согласованной политики в области охраны труда и здоровья. КЭСКП особенно подчеркивает в контексте пандемии COVID-19 необходимость принятия мер к минимизации риска инфицирования медицинских работников на рабочем месте в соответствии с передовой практикой и стандартами. При отсутствии необходимых условий на работников не могут оказываться принуждение или другие меры воздействия.

Вопросу защиты прав медицинских работников уделялось отдельное внимание на региональном уровне. В частности, Европейский комитет по социальным правам, руководствуясь ст. 3 Европейской социальной хартии (1996), заявил, что необходимо привлечь должное количество специалистов здравоохранения к противодействию пандемии, обеспечив им здоровые и безопасные условия труда, что предполагает доступ к необходимым средствам индивидуальной защиты<sup>31</sup>. Рабочая группа экономических, социальных и культурных прав Африканской комиссии прав человека и народов призвала государства-участники обеспечить защиту медицинских работников, а также справедливое вознаграждение за профессиональную деятельность<sup>32</sup>. Межамериканская комиссия прав человека также подчеркнула обязательство государств уделять первоочередное внимание добросовестности

---

<sup>30</sup> Available at: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25754&LangID=E> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>31</sup> European Committee of Social Rights, Statement of interpretation on the right to protection of health in times of pandemic, 21 April 2020. Available at: <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>32</sup> Available at: <https://www.achpr.org/pressrelease/detail?id=510> (дата обращения: 22.02.2022)

и благополучию медицинских работников во время пандемии, создавая необходимые условия защиты и признания лиц, вовлеченных в оказание медико-социальной помощи, включая средства индивидуальной защиты, гарантий охраны трудовых прав и права на социальное обеспечение<sup>33</sup>.

Обязательства безопасных условий труда содержатся в ряде актов МОТ. Конвенция МОТ о безопасности и гигиене труда № 155 (1981) устанавливает необходимость внедрения и пересмотра государственной политики в области профессиональной безопасности, гигиены труда и производственной среды. Согласно ст. 13 Конвенции при производственной ситуации, опасной здоровью и жизни работника, последний имеет право отстраниться от профессиональной деятельности без каких-либо отрицательных последствий. Кроме того, в ст. 16 Конвенции прямо сформулированы обязательства работодателя поставлять защитную одежду и защитное снаряжение для предотвращения несчастных случаев или неблагоприятного воздействия на здоровье. Рекомендации, разработанные МОТ для реализации Конвенции № 155, раскрывают обязательства государств подробнее. В параграфе 3 рекомендуется принимать меры, касающиеся «разработки, производства, поставки, использования, технического обслуживания и тестирования средств индивидуальной защиты и защитной одежды», «предотвращения вредного физического или психического стресса из-за условий работы» и «надзора за здоровьем рабочих.<sup>34</sup> В 1977 г. МОТ приняла Конвенцию по медсестринскому персоналу № 149, формулирующую гарантии сестринского персонала в отношении условий профессиональной деятельности, сопоставимых с условиями работы в других областях.

МОТ совместно с ВОЗ уделяет внимание охране прав медицинских работников в условиях пандемии. В частности, совместное Руководство по охране труда и безопасности медицинских работников в условиях пандемии подчеркивает, что медицинские работники должны продолжать пользоваться правом на достойные, здоровые и безопасные условия труда в условиях COVID-19. В документе обращается внимание, что медицинские работники должны быть доступны услуги гигиены труда, психического здоровья и психосоциальной поддержке, адекватные условия санитарии, гигиены и отдыха.

Признавая выдающуюся роль медицинских работников в реализации права каждого человека на наивысший достижимый уровень здоровья, а также ввиду систематических нарушений прав медицинских работников, частота которых в условиях пандемии увеличивается, рациональным вы-

<sup>33</sup> Available at: [http://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/PReleases/2020/060.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2020/060.asp) (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>34</sup> Occupational Safety and Health Recommendation, 1981 (No. 164) Available at: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R164](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R164) (дата обращения: 22.02.2022)

глядит предложение о разработке международного договора универсального характера, устанавливающего перечень основных гарантий медицинских работников. Как было отмечено ранее, среди основных прав медицинских работников необходимы право на справедливые условия труда, социальное обеспечение, доступ к необходимой медицинской помощи и технологиям здравоохранения для охраны здоровья и безопасных условий труда.

### **3. Ключевые аспекты права на здоровье**

В условиях глобализации социально-экономических процессов охраны здоровья невозможна без гарантий реализации других основополагающих прав человека. В докладах специального докладчика ООН неоднократно признавались взаимосвязь и взаимозависимость прав человека при обеспечении права на наивысший достижимый уровень здоровья<sup>35</sup>. К основополагающим правам человека, оказывающим прямое влияние на обеспечение права на здоровье, следует относить право на доступ к санитарным услугам, питанию, воде, обеспечение социальной безопасности и защиту от насилия<sup>36</sup>. Дискриминация и неравенство в обеспечении доступа к адекватному жилью, образованию, безопасной питьевой воде и санитарии, продовольствию, социальному обеспечению и защите от насилия оказывают существенное влияние на возможность социального дистанцирования и самоизоляции, а также исполнения рекомендаций медицинского персонала.

#### **3.1. Право на питание**

Пандемия оказала существенное влияние на доступ к продуктам питания. Хотя в XXI веке производители продуктов питания в состоянии прокормить население всего мира, человечество по-прежнему сталкивается с проблемой голода. По новейшим оценкам, к 2030 г. «830 млн. человек столкнется с голодом» и более 130 млн. может попасть в «категорию крайнего голода»<sup>37</sup>.

Ограничение доступности продуктов питания является следствием нескольких причин. Пандемия серьезно воздействует на регулярность перевозок продуктов питания, а также компонентов их производства. Хотя огра-

---

<sup>35</sup> Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Dainius Pūras Human Rights Council. 2015. A/HRC/29/33.

<sup>36</sup> Available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25945&LangID=E> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>37</sup> Available at: <https://hungermap.wfp.org/> (дата обращения: 22.02.2022)

ничения, направленные на противодействие распространению COVID-19, официально не распространялись на логистические цепочки поставок, обеспечить движение товаров в обычном режиме долго не удавалось<sup>38</sup>. Доставка семян, удобрений, пестицидов, сельскохозяйственного оборудования и других предметов первой необходимости, критически важных для сельскохозяйственного производства, становится все более трудной задачей<sup>39</sup>. Например, по данным ФАО, задержки с поставками пестицидов из-за значительного сокращения глобальных грузовых авиаперевозок стали одной из крупнейших проблем стран Африканского континента в разгар пандемии COVID-19.

Массовая истерия, вызванная перебоями поставок жизненно необходимых продуктов питания, а также ограничения на передвижение значительно увеличили объем закупаемой продукции, усиливая ее дефицитность и увеличивая цены. Например, в марте 2020 г. цены на продукты в Австралии выросли втрое<sup>40</sup>.

Стимулы для производства и распределения продуктов питания среди социально и экономически уязвимых групп приняты в разных странах с целью обеспечения продовольственной безопасности. Финансирование и пожертвования ресурсов фермерским кооперативам, малым и средним предприятиям принимаются для покрытия продовольственных потребностей местных сообществ во время пандемии. Страны и государства, проводящие политику блокирования границ и дорог, должны обеспечивать доступ к городским и сельским населенным пунктам с целью содействия устойчивости производства и распределения продуктов питания.

Возникают две проблемы, связанные с влиянием COVID-19 на продовольственную безопасность. В краткосрочной перспективе панические закупки во всем мире значительно ограничили доступ уязвимых категорий населения к питанию. В долгосрочной перспективе из-за пандемии растет опасность продовольственного кризиса, что может спровоцировать абсолютную нехватку продовольствия во всем мире.

Доступ к необходимым продуктам питания является важным компонентом профилактики и борьбы с неинфекционными заболеваниями. В 2020 г. Брукингский Институт провел исследование воздействия COVID-19 на про-

---

<sup>38</sup> Available at: <https://home.kpmg/au/en/home/insights/2020/03/coronavirus-covid-19-actions-for-supply-chain-leaders.html> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>39</sup> Available at: [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/2d6ec419-41df-46c9-8b7b-96384cd-36ab3/IFC-Covid19-Logistics-final\\_web.pdf?MOD=AJPERES&CVID=naqOED5](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/2d6ec419-41df-46c9-8b7b-96384cd-36ab3/IFC-Covid19-Logistics-final_web.pdf?MOD=AJPERES&CVID=naqOED5) (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>40</sup> Available at: <https://www.abc.net.au/news/2020-03-22/coronavirus-panic-buying-sees-fresh-produce-price-hikes/12078198> (дата обращения: 22.02.2022)

довольственную безопасность пожилых в США<sup>41</sup>. Результаты показали, что лицам пожилого возраста с низким доходом «трудно следовать советам врачей о питании ввиду ограниченной доступности необходимых продуктов». Некоторые респонденты сообщили о хронических заболеваниях (например, диабет), которые ведут к серьезным проблемам со здоровьем и требуют медицинской помощи.

Право человека на питание сформулировано в основополагающих международных договорах универсального характера. МПЭСКП определяет право на питание как «основное право каждого человека быть свободным от голода» и формулирует обязательство государств принимать меры для реализации данного права. В Замечании общего порядка № 12 (1999) КЭСКП также признает, что право на питание предполагает физическую и экономическую доступность в любое время к достаточному питанию или средствам его получения. Всеобщая декларация об искоренении голода и недоедания (1974) провозглашает, что каждый человек имеет неотъемлемое право быть свободным от голода и недоедания, чтобы полностью развиваться и сохранять физические и умственные способности.

### 3.2. Право на воду

Право человека на воду является обязательным условием для жизни в условиях соблюдения человеческого достоинства и неразрывно связано с правом на наивысший достижимый уровень здоровья<sup>42</sup>. Пандемия COVID-19 вскрыла значительную роль права человека на безопасную воду и санитарные услуги и подчеркнула тесную его взаимосвязь с правом на здоровье. КЭСКП в Замечании общего порядка № 15 (2002) формулирует, что право на воду предполагает обеспечение должного количества безвредной и доступной в экономическом и физическом плане питьевой воды для покрытия повседневных потребностей человека.

Как отметил специальный докладчик о праве человека на безопасную питьевую воду и санитарные услуги, надлежащие профилактические и защитные меры от распространения COVID-19 невозможны без доступа к безопасной воде<sup>43</sup>. По-прежнему во многих развивающихся странах не вы-

---

<sup>41</sup> Available at: <https://www.brookings.edu/blog/the-avenue/2020/03/16/for-millions-of-low-income-seniors-coronavirus-is-a-food-security-issue> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>42</sup> Комитет ООН по экономическим, социальным и культурным правам, Замечание общего порядка №15: Право на воду (статьи 11 и 12 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах). 2003, E/C.12/2002/11. Available at: <https://www.refworld.org.ru/docid/47ebcbf02.html> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>43</sup> Available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26463&LangID=E> (дата обращения: 22.02.2022)

полнено минимального основного обязательства государств насчет доступа к устойчивому, безопасному и чистому водоснабжению.

#### **4. Корпоративная ответственность в отношении охраны прав человека**

Проблема доступа к технологиям здравоохранения, в особенности вакцинам, обострившаяся в условиях COVID-19, привлекает все большее внимание к роли ТНК в формировании подобных ограничений. Диспропорциональный доступ к вакцинации в развивающихся странах может привести не только к увеличению смертности и тяжелого течения заболеваний, но и к мутации вируса и снижению эффективности применяемых вакцин, а также методов лечения COVID-19 [Wu К., 2021]. Многочисленные публикации о свойствах вируса и информация о выявлении новых штаммов вируса лишь подтверждают подобную теорию [Kirby Т., 2021: 20–21]. Одним из основных факторов ограничения доступа к технологиям здравоохранения является их дороговизна. Она также способствует усилению неравенства внутри государства, поскольку отдельные страны пытаются возместить часть затрат, взимая плату за доступ к вакцинам или используя механизмы организации бесплатной вакцинации.

Высокая стоимость вакцин, как и других технологий здравоохранения, зачастую обусловлена их патентной защитой. Последняя гарантирует производителям возможность поддерживать высокий уровень инвестиций в исследования для возмещения экономических потерь вследствие затрат, не приводящих к созданию рыночного продукта. В многочисленных заявлениях органов ООН по правам человека признается, что обеспечение всеобщего доступа к основным лекарственным средствам имеет решающее значение в реализации права на здоровье, а нормы защиты прав интеллектуальной собственности не должны преобладать над обязательствами обеспечения всеобщего и справедливого доступа к вакцине против COVID-19<sup>44</sup>.

Хотя ВОЗ инициировала создание механизма COVAX для объединения закупок и расширения доступа к вакцинам в странах с низким и средним уровнем дохода, добровольное финансирование на благотворительной ос-

---

<sup>44</sup> OHCHR. COVID-19: UN experts urge WTO cooperation on vaccines to protect global public health, 2021; OHCHR. Statement by UN human rights experts universal access to vaccines is essential for prevention and containment of COVID-19 around the world, 2020; CESCR. Statement on universal and equitable access to vaccines for the coronavirus disease (COVID-19), 2020; CESCR. Statement on universal affordable vaccination for COVID-19, international cooperation and intellectual property. E/C.12/2021/1, 2021; UN General Assembly. The interim report of the special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. A/67/302.

нове сталкивается с серьезным недостатком необходимых медицинских средств. По прогнозам ВОЗ, большинство жителей стран с низким уровнем дохода не будет вакцинированы в должном объеме до конца 2023 г.<sup>45</sup>

Основополагающее значение в обеспечении доступа к технологиям здравоохранения имеет право на доступ к достижениям научного прогресса, закрепленное в ряде международных договоров универсального и регионального характера. Борьба с пандемией требует от государств твердой приверженности международному научному сотрудничеству, предполагающему обмен наилучшими научными знаниями и их практическое применение, особенно в медицинской области, что становится решающим фактором смягчения последствий болезни и ускорения открытия действенных методов лечения и вакцинирования.

Впервые данное право сформулировал Комитет теоретических основ прав человека, созданный ЮНЕСКО в 1947 г. для разработки базовых понятий ВДПЧ. В заявлении Комитета «Основы международной декларации прав человека» признавалось «право на долю в прогрессе», характеризующееся «правом на полный доступ к пользованию техническими и культурными достижениями цивилизации». В ст. 27 ВДПЧ установлено право каждого участвовать в научном прогрессе и пользоваться его благами, что в последующем подтверждается в п. 1(b) ст. 15 МПЭСКИП.

В Маастрихтских руководящих принципах, касающихся нарушений экономических, социальных и культурных прав (1997) сформулировано обязательство государств противодействовать ТНК при нарушении положений МПЭСКИП. В контексте проблемы доступа к вакцинам против COVID-19 КЭСКИП подчеркнул, что государства «обязаны предотвращать правовые режимы интеллектуальной собственности и патентов от подрыва осуществления экономических, социальных и культурных прав», а режим интеллектуальной собственности должен толковаться и применяться таким образом, чтобы поддерживать обязанность государств «защищать здоровье населения».

Одним из немногих практических механизмов реализации права человека на доступ к достижениям научного прогресса является добровольное лицензирование. Под добровольным лицензированием понимается добровольная передача патентообладателем права на пользование патентом третьим сторонам на основе лицензионных соглашений. После принятия Дохинской декларации (2001) фармацевтические компании, действуя в рамках программ корпоративной социальной ответственности, все чаще применяют лицензионные соглашения, давая возможность производителям генерических (воспроизведенных) препаратов производить и продавать их продукцию в определенных географических регионах. Подобные инициативы реализуются в регионах с низким показателем доступности лекарственной

---

<sup>45</sup> Available at: <https://news.un.org/en/story/2021/01/1082362> (дата обращения: 22.02.2022)

терапии и финансирования системы медицинской помощи [Amin T., 2007]. Одной из форм реализации описанного механизма на систематической основе стал патентный пул лекарственных средств [Bermudez J., 2010: 37–40]. В рамках переговорного процесса пул договаривается с патентообладателями о возможности передачи прав производства лекарственных средств лечения ВИЧ, гепатита и туберкулеза другим производителям на неисключительной и недискриминационной основе для распространения на территории стран с низким уровнем экономического развития. При этом патентообладатели получают лицензионное вознаграждение за доступ к их интеллектуальной собственности. В марте 2020 г. мандат пула расширен: в него включены технологии лечения COVID-19. На сегодняшний день заключен ряд лицензионных соглашений расширяющих доступ к терапии COVID-19 в развивающихся регионах мира.

С целью разработки технологий здравоохранения для противодействия инфекционным пандемиям необходимо в рамках региональных торговых соглашений, а также документов, разрабатываемых ВТО, нормативно закрепить обязательства по обмену научными данными между ТНК и государствами. Не менее важно для оценки справедливости ценообразования технологий здравоохранения формировать открытую систему обмена информацией насчет объема инвестиций в разработку технологий здравоохранения между ТНК и государствами. Это можно реализовать в рамках добровольного соглашения между ТНК и ВОЗ в отношении предоставления соответствующей информации по согласованному перечню социально значимых и высокочувствительных заболеваний.

## **5. Противоправные деяния в сфере охраны здоровья**

В последние десятилетия во многих регионах мира здравоохранение является одной из наиболее уязвимых сфер для распространения различных форм противоправной деятельности, включая коррупционные процессы, производство и распространение фальсифицированных и низкокачественных средств медицинского применения, получение доступа к персональным данным пациентов.

Коррупция в секторе здравоохранения приводит к гибели человеческих жизней и растрате государственных денег, препятствует доступу наиболее уязвимых и маргинализированных слоев населения к медицине [Toebes B., 2010: 112–144]. Негативное влияние коррупции на доступ к качественной медико-социальной помощи неоднократно рассматривалось в документах международных организаций по правам человека<sup>46</sup>. В частности, задачи по

---

<sup>46</sup> Окончательный доклад Консультативного комитета Совета по правам человека по вопросу о негативном воздействии коррупции на осуществление прав человека. Совет по пра-

сокращению масштабов коррупции и взяточничества были сформулированы в рамках Повестки дня в области устойчивого развития на период до 2030 г.

Коррупционные процессы усиливаются под влиянием чрезвычайных ситуаций. С момента начала COVID-19 повсеместно отмечается тенденция к нарастанию противоправной деятельности в сфере охраны здоровья. Систематический дефицит средств медицинского применения приводит к монопольному завышению цен на средства индивидуальной защиты. КЭСКИ настоятельно призывает государства принимать нормативные меры для предотвращения спекуляции средствами медицинского применения и формирования транспарентных закупочных процедур, что позволит обеспечить своевременный доступ к вакцинам и тестированию в особенности уязвимых категорий населения<sup>47</sup>. Негативное воздействие коррупции на осуществление прав человека в контексте пандемии сформулированы в рамках резолюции Совета по правам человека № 47/7.

Опережающий рост потребности в различных медицинских средствах приводит к распространению низкокачественной и фальсифицированной продукции, а также к коррупции в закупочной деятельности. Ежегодно в 90 странах 700 тыс. человек умирают вследствие фальсификации лекарственных средств лечения малярии и туберкулеза [Harris J., Stevens P., Morris J., 2009: 1–28]. При многочисленности отдельных сообщений о выявлении низкокачественных и фальсифицированных лекарственных средств подобная информация не систематизируется на международном уровне. Исследования дают лишь ограниченную картину, а публикации содержат информацию о статистике выявления низкокачественной и фальсифицированной продукции по отдельным группам заболеваний.

Риск фальсификации лекарственных средств повышен не только для средств медицинского применения, используемых при COVID-19, но также и для других лекарственных средств и изделий, особенно в условиях всеобщего дефицита. Увеличение объема обрабатываемой фальсифицированной медицинской продукции подтверждается международными и региональными организациями. В частности, еще в 2011 г. Конференция сторон Конвенции Совета Европы сделала заявление «о контрафактной медицинской продукции и аналогичной преступной деятельности, составляющей угрозу здравоохранению» (Конвенция Медикрим). ВОЗ совместно с Европейским агентством по лекарственным средствам (ЕМА) опубликовала предупреж-

---

вам человека. A/HRC/28/73; Доклад Специального докладчика по вопросу о праве каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья. Право каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья. A/72/137. 2017.

<sup>47</sup> Там же.

дение об увеличении обращаемой фальсифицированной медицинской продукции<sup>48</sup>.

Пандемия COVID-19 послужила стимулом активного внедрения цифровых технологий в систему организации медицинской помощи, что помимо решения проблем здравоохранения создало ряд проблем в сфере защиты медицинских данных. В ряде регионов мира обнародовали персональные данные лиц, перенесших COVID-19, несмотря на отсутствие правовых механизмов, защищающих конфиденциальность личных и медицинских данных. Одним из существенных последствий пандемии стали систематические нарушения конфиденциальности данных о здоровье пациентов. Хотя важным компонентом права на здоровье является право на поиск, получение и передачу информации, касающуюся вопросов здоровья, последнее из названных прав не отменяет права на конфиденциальность личных данных о здоровье или право на неприкосновенность частной жизни<sup>49</sup>. Хотя возможность обработки персональных данных является важным компонентом сдерживания распространения пандемии, в то же время данные процессы необходимо осуществлять с соблюдением надлежащих правовых норм.

## **Заключение**

Пандемия COVID-19 и ее последствия продемонстрировали несостоятельность международно-правовых механизмов в реализации социальной группы прав человека, сформулированных в основополагающих международно-правовых договорах универсального и регионального характера, а также иных актах международных организаций. Проведенный анализ позволил сформулировать ряд системных проблем, угрожающих безопасности человека в условиях пандемий и иных чрезвычайных ситуаций в сфере охраны здоровья, требующих разработки и внедрения комплексных предложений, направленных на противодействие чрезвычайным ситуациям в сфере охраны здоровья международного характера.

Первостепенной угрозой сдерживанию пандемий является дефицит необходимых технологий здравоохранения, включая вакцины, лекарства, медицинские изделия и др. Дефицит, формируемый под влиянием различных факторов, включая положения международно-правовых договоров, регулирующих торговлю, отсутствие необходимых масштабов производства и недостаточный уровень благосостояния государств определяют необходи-

---

<sup>48</sup> Available at: <https://www.ema.europa.eu/en/news/covid-19-beware-falsified-medicines-un-registered-websites> (дата обращения: 22.02.2022)

<sup>49</sup> Доклад специального докладчика о праве каждого на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья. A/HRC/47/28.

мость конкретизации положений международно-правовых гарантий в сфере охраны здоровья. В частности, одним из целесообразных решений является предложение о подготовке КЭСКО нового Замечания общего порядка, переосмысливающего положения Замечания общего порядка № 14 (2000) на основании современных особенностей здравоохранения, учитывающих взаимозависимость и взаимосвязь права на здоровье и права на доступ к достижениям научного прогресса. Подобный подход позволит уточнить нормативное содержание понятия «в пределах имеющихся ресурсов», сформулированное в МПЭСКО, и обеспечить универсальный подход к установлению правовых гарантий права человека на здоровье на национальном уровне.

Анализ многочисленных научных исследований и документов международных организаций, посвященных проблеме противодействия пандемии, продемонстрировал, что важнейшим аспектом обеспечения права на здоровье является закрепление данных обязательств в рамках международных актов, регулирующих торговые процессы, а также дальнейшая конкретизация обязательств ТНК перед государствами в деле охраны здоровья человека. В подобной ситуации разумными являются предложения о развитии механизма добровольного лицензирования производства технологий здравоохранения для расширения их доступности в развивающихся регионах мира. Другим практическим решением может стать формирование международно-правовых механизмов, направленных на устойчивый обмен результатами исследований между ТНК и государствами для облегчения своевременного доступа к разрабатываемым технологиям.

Пандемия COVID-19 обнажила диспропорции в доступе к медицинской помощи среди уязвимых категорий населения ввиду перегрузки на учреждений здравоохранения, а также длительных карантинных ограничений. В подобной ситуации первостепенной мерой является нормативное закрепление в национальном законодательстве гарантий своевременного доступа к технологиям здравоохранения в полном объеме. Особое внимание следует уделить конкретизации обязательств в отношении специальной медико-социальной помощи, направленной на реабилитацию и абилитацию лиц с инвалидностью, а также на социальную помощь лицам пожилого возраста. Медицинских работников и сотрудников социальной сферы, являющихся важнейшим элементом охраны здоровья, также следует относить к уязвимым категориям при чрезвычайных ситуациях в сфере охраны здоровья, что требует упрочения гарантий справедливых условий труда в рамках международных договоров универсального и регионального характера.

В связи со системностью проблем международно-правового регулирования охраны здоровья для противодействия пандемиям и иным кризисным ситуациям, в доктрине и в документах международных организаций все чаще выдвигаются предложения о разработке соответствующего междуна-

родного договора универсального характера. Перечень угроз, а также предложений практического характера может служить основой работы над таким документом, а также проведения дальнейших исследований.



### Список источников

1. Хабриева Т.Я. «Юриспруденция пандемии»: территория чрезвычайного положения. Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения, 2022, том 18, № 1, С. 5–9.
2. Amin T. Voluntary licensing practices in pharmaceutical sector: an acceptable solution to improving access to affordable medicines. Available at: <https://www.i-mak.org/wp-content/uploads/2017/10/Oxfam-VoluntaryLicensingResearchIMAKWebsite.pdf> (дата обращения: 22.02.2022)
3. Bermudez J. The UNITAID patent pool initiative: bringing patents together for the common good. The Open AIDS Journal, 2010, vol. 4, pp. 37–40.
4. Dalglish S. COVID-19 gives the lie to global health expertise. The Lancet, 2020, vol. 395, p. 1189.
5. Fidler D. Negotiating equitable access to influenza vaccines: global health diplomacy and the controversies surrounding avian influenza H5N1 and pandemic influenza H1N1. In: E. Roskam (ed.). Negotiating and navigating global health: case studies in global health diplomacy. Hackensack (N.J.): World Scientific Publishing, 2012, pp. 161–172.
6. Gottret P., Schieber G. Health financing revisited: a practitioner's guide. Washington: World Bank, 2006, 340 p.
7. Harris J., Stevens P., Morris J. Keeping it Real: Protecting the World's Poor from Fake Drugs. International Policy Network Report, 2009. Available at: <http://www.africanliberty.org/wp-content/uploads/Keepingitreal.pdf> (дата обращения: 22.02.2022)
8. Kirby T. New variant of SARS-CoV-2 in UK causes surge of COVID-19. The Lancet Respiratory Medicine, 2021, vol. 9 (2), p. 20–21.
9. Maani N., Galea S. COVID-19 and underinvestment in the public health infrastructure of the United States. The Milbank Quarterly, 2020, vol. 2, pp. 250–259.
10. Pūras D. et al. The right to health must guide responses to COVID-19. The Lancet, 2020, vol. 395, pp. 1888–1890.
11. Prante F. et al. Decades of tight fiscal policy have left the health care system in Italy ill-prepared to fight the COVID-19 outbreak. Intereconomics, 2020, vol. 55, pp. 147–152.
12. Shadmi E. et al. Health equity and COVID-19: global perspectives. International Journal for Equity in Health, 2020, vol. 19, no. 104, pp. 1–16.
13. Tan-Torres T. et al. Projected healthcare resource needs for an effective response to COVID-19 in 73 low-income and middle-income countries: a modelling study. The Lancet Global Health, 2020, vol. 8, p. 1372–1379.
14. Toebe B. Human rights and health sector corruption. In: Global Health and Human Rights. J. Harrington (ed.). N.Y.: Routledge, 2010, pp. 112–144.
15. Wu K. Coronavirus Reinfection Will Soon Become Our Reality. Available at: <https://www.theatlantic.com/science/archive/2021/02/coronavirus-reinfection/618128/> (дата обращения: 22.02.2022)



## References

1. Amin T. (2017) Voluntary licensing practices in the pharmaceutical sector: an acceptable solution to improving access to affordable medicines. Available at: <https://www.i-mak.org/wp-content/uploads/2017/10/Oxfam-VoluntaryLicensingResearchIMAK-Website.pdf> (accessed: 22.02.2022)
2. Bermudez J. (2010) The UNITAID patent pool initiative: bringing patents together for the common good. *The Open AIDS Journal*, no. 4, pp. 37–40.
3. Dalglish S. (2020) COVID-19 gives the lie to global health expertise. *The Lancet*, no. 395 (10231), p. 1189.
4. Fidler D. (2012) Negotiating equitable access to influenza vaccines: global health diplomacy and the controversies surrounding avian influenza H5N1 and pandemic influenza H1N1. In: *Negotiating and navigating global health: case studies in global health diplomacy*. E. Rosskam (ed.). Hackensack (N.J.): World Scientific Publishing, pp. 161–172.
5. Gottret P., Schieber G. (2006) *Health financing revisited: a practitioner's guide*. Wash.: World Bank Publications, 340 p.
6. Harris J., Stevens P., Morris J. (2009) Keeping it real: protecting the world's poor from fake drugs. Available at: <http://www.africanliberty.org/wp-content/uploads/keepingitreal.pdf> (accessed: 22.02.2022)
7. Kirby T. (2021) New variant of SARS-CoV-2 in UK causes surge of COVID-19. *The Lancet Respiratory Medicine*, no. 2, pp. 20–21.
8. Khabrieva T. Ya. (2022) Jurisprudence of the pandemic: an emergency territory. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya*=Journal of Foreign Legislation and Comparative Law, vol. 18, no. 1, pp. 5–9 (in Russ.)
9. Maani N., Galea S. (2020). COVID-19 and underinvestment in public health of the United States. *The Milbank Quarterly*, no. 2, pp.250–259.
10. Pūras D. et al. (2020) The right to health must guide responses to COVID-19. *The Lancet*, no. 395, pp. 1888–1890.
11. Prante F. et al. (2020) Decades of tight fiscal policy have left the health care system in Italy ill-prepared to fight the COVID-19 outbreak. *Intereconomics*, no. 55, pp. 147–152.
12. Shadmi E. et al. (2020) Health equity and COVID-19: global perspectives. *International Journal for Equity in Health*, vol. 19, no. 104, pp.1–16.
13. Tan-Torres E. et al. (2020) Projected healthcare resource needs for an effective response to COVID-19 in 73 low-income and middle-income countries: a modelling study. *The Lancet Global Health*, no. 8, pp. 1372–1379.
14. Toebes B. (2010) Human rights and health sector corruption. In: *Global Health and Human Rights*. N.Y.: Routledge, pp. 112–144.
15. Wu K. (2021) Coronavirus reinfection will soon become our reality. Available at: <https://www.theatlantic.com/science/archive/2021/02/coronavirus-reinfection/618128/> (accessed: 22.02.2022)

---

### Информация об авторах:

А.Х. Абашидзе — доктор юридических наук, профессор.

В.С. Маличенко — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник.

**Information about the authors:**

A.Kh. Abashidze — Doctor of Sciences (Law), Professor.

V.S. Malichenko — Senior Researcher, Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 11.03.2022; одобрена после рецензирования 29.07.2022; принята к публикации 28.10.2022.

The article was submitted to editorial office 11.03.2022; approved after reviewing 29.07.2022; accepted for publication 28.10.2022.

*Научная статья*

УДК 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.184.209

# Обеспечение благоприятных условий для развития единого рынка телекоммуникаций и сферы аудиовизуальных медиа-услуг в Европейском союзе



**Елена Владимировна Постникова**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 123022, Российская Федерация, Москва, Б. Трехсвятительский пер., 3, epostnikova@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-5464-1132>



## Аннотация

В статье даны результаты анализа некоторых аспектов изменения правового регулирования Европейского союза во исполнение и в развитие обозначенной в Стратегии Единого цифрового рынка для Европы 2015 года цели создания благоприятных условий для развития цифровых сетей и услуг как одного из трех направлений деятельности по созданию единого цифрового рынка. Целью исследования выступает выявление предмета, особенностей и тенденций правового регулирования единого рынка телекоммуникаций и аудиовизуальных медиа-услуг для создания благоприятных условий развития цифровых сетей и услуг в рамках единого цифрового рынка ЕС и повышения эффективности функционирования внутреннего рынка ЕС в целом. Анализируется текст Стратегии, а также ряд как рекомендательных, так и нормативных правовых актов, в том числе программного характера, например, принятые во исполнение Стратегии регламенты и директивы, а также Сообщение Комиссии «Формирование цифрового будущего Европы» 2020 года, Сообщение Комиссии «Цифровой компас: европейский путь цифрового десятилетия» 2021 года, Регламент «Программа для цифровой Европы (2021–2027)». Внутренний рынок играет ведущую роль в реагировании на целую серию вызовов, с которыми в последнее время сталкивается ЕС, в частности, ускорение внедрения новых технологий, оказывающих сильное влияние на сферу как телекоммуникаций, так и аудиовизуальной аудиовизуальных медиа-услуг, которые в связи с этим характеризуются чрезвычайно быстрыми изменениями. Сделан вывод о том, что многое из запланированного Комиссией в Стратегии в сфере телекоммуникаций и аудиовизуальных медиа-

услуг было выполнено, однако все цели еще не достигнуты. Институты ЕС в короткие сроки способны предпринимать целый комплекс взаимосвязанных, последовательных и чрезвычайно необходимых мер для усовершенствования правового регулирования внутреннего рынка, создавая единый цифровой рынок. Актуальности теме исследования добавляет тот факт, что в Евразийском Экономическом Союзе в данный момент обсуждается заключение договора в сфере регулирования электронной торговли.



### **Ключевые слова**

Европейский союз, право ЕС, внутренний рынок ЕС, единый цифровой рынок ЕС, электронная торговля, свобода услуг, принцип недискриминации, рынок телекоммуникаций, аудиовизуальные медиа-услуги.

---

**Для цитирования:** Постникова Е.В. Обеспечение благоприятных условий для развития единого рынка телекоммуникаций и сферы аудиовизуальных медиа-услуг в Европейском союзе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4. С. 184–209. DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.184.209.

*Research article*

## **Ensuring Favorable Conditions for Development of Single Market in Telecommunications and of the Audiovisual Media Services Sphere in the European Union**



**Elena V. Postnikova**

National Research University Higher School of Economics. 20 Myasnitkaya Str., Moscow 101000, Russia, epostnikova@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-5464-1132>



### **Abstract**

The article presents the results of an analysis of some aspects of changing the legal regulation of the European Union (EU) in order to implement and develop the goal outlined in the Strategy of the Digital Single Market Strategy for Europe 2015 of creating favorable conditions for the development of digital networks and services as one of the three areas of activity for the creation of a single digital market. The purpose of the study is to identify the subject, features and trends of legal regulation of the single market in telecommunications and the sphere of audiovisual media services in order to create favorable conditions for the development of digital networks and services within the framework of the creation of a single digital market of the EU, including in pursuance of the Strategy, and, consequently, to increase the efficiency of the functioning of the EU internal market as a whole. The text of the Strategy itself is analyzed, as well as a number of both advisory and regulatory legal acts, including programmatic ones. For example, the regulations and directives adopted in pursuance of the Strategy, as well as the Communication of the Commission “Shaping Europe’s Digital Future” in 2020, the Communication of the Commission “Digital Compass: the European way for the Digital Decade” in 2021, the Regulation “Digital Europe Programme (2021–2027)”. The internal

market plays a leading role in responding to a whole series of challenges that the EU has recently been facing. Among them is the acceleration of the introduction of new technologies that have a strong impact on both telecommunications and the audiovisual sphere, which in this regard are characterized by extremely rapid changes. It is concluded that much of the Commission's planned Strategy in the field of Telecommunications and Audiovisual Media services has been fulfilled, but still all the goals have not yet been achieved. EU institutions are able to take a whole range of interrelated, consistent and extremely necessary measures in a short time to improve the legal regulation of the internal market, creating a single digital market. The relevance of the research topic is added by the fact that the Eurasian Economic Union is currently discussing the conclusion of an agreement in the field of regulation of electronic commerce.

## Keywords

European Union; European Union law; internal market of the European Union; single digital market of the European Union; electronic commerce; freedom to provide services; principle of non-discrimination; market in telecommunications; audiovisual media services.

**For citation:** Postnikova E.V. (2022) Ensuring Favorable Conditions for Development of Single Market in Telecommunications and of Audiovisual Media Services Sphere in the European Union. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 184–209 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.184.209.

## Введение

Создание благоприятных условий для развития цифровых сетей и инновационных услуг выступает в качестве одного из направлений создания единого цифрового рынка Европейского Союза (далее — ЕС), заявленных еще в Стратегии Единого цифрового рынка для Европы<sup>1</sup> (далее — Стратегия), принятой в 2015 году. Исследуя правовое регулирование единого цифрового рынка ЕС, невозможно не затронуть понятие внутреннего рынка<sup>2</sup>. Внутренний рынок, являясь одним из основных достижений ЕС, представляет собой мощное направление экономического роста ЕС. Без внутреннего рынка ВВП ЕС снизился бы на 8,5%<sup>3</sup>. Он обладает значительным потенциалом для занятости, экономического развития и инноваций как для электронной, так и для тради-

---

<sup>1</sup> Commission staff working document «A Digital Single Market Strategy for Europe — Analysis and Evidence». Accompanying the document «A Digital Single Market Strategy for Europe». COM(2015) 192 final. Brussels, 6.5.2015 SWD(2015) 100 final.

<sup>2</sup> Internal market (англ.), marché intérieur — (фр.). В документах институтов ЕС часто используется синонимичный термин — «единый рынок» (single market — англ.; marché unique — фр.). В отечественной доктрине считается допустимым и термин «единый внутренний рынок». Далее в тексте статьи используются как термин «внутренний рынок», так и термин «единый рынок» в качестве синонимов без доктринальных рассуждений об их идентичности.

<sup>3</sup> Commission staff working document «Single Market Performance Report 2019» Accompanying the document Communication from the Commission «Annual Sustainable Growth Strategy 2020» Brussels, 17.12.2019. SWD(2019) 444 final.

ционной торговли<sup>4</sup>. ЕС — первый мировой экспортер товаров и услуг, а также источник прямых иностранных инвестиций<sup>5</sup>. Результаты функционирования внутреннего рынка выражаются, в частности, в упрощенном доступе потребителей к многочисленным товарам и услугам с более низкими ценами, для предприятий — в преимуществах от рынка сбыта и поддержкой ЕС конкуренции, высоких требованиях к безопасности и защите окружающей среды<sup>6</sup>.

Время от времени ведутся дискуссии о недолговечности этого интеграционного объединения из-за большого числа различных проблем, с которыми ему пришлось столкнуться, особенно в последнее десятилетие. Однако под правовое регулирование внутреннего рынка подпадают все новые отношения, т.е. внутренний рынок, несмотря на скептицизм некоторых политиков, политологов и юристов, продолжает расширять свои границы (хотя территориально и сократился). Одной из сфер, вошедших в состав внутреннего рынка, выступает единый цифровой рынок, являясь его частью в связи с необходимостью регулирования вопросов, связанных с техническим прогрессом и потребностями общества в устранении границ и в Интернете.

Действительно, без мобильного интернета, онлайн-платформ и иных цифровых изобретений трудно представить современную жизнь. Масштабы и последствия современного этапа информатизации общества носят революционный характер [Пилипенко А.Н., 2019: 186]. В 2020 году (год распространения Covid-19) люди как никогда почувствовали незаменимость цифровых технологий, прежде всего Интернета. Всем уже очевидно, что пандемия коронавируса усилила значение цифровизации. Цифровые технологии теперь стали еще более неотъемлемой частью разных сфер нашей жизни: работы, учебы, общения, приобретения товаров и различных услуг от сферы здравоохранения до культуры. Как отмечает И.М. Попова, «пандемия COVID-19 и ее последствия для социально-экономического развития сделали цифровую повестку особенно актуальной, так как несмотря на многочисленные ограничения и препятствия для роста, Интернет и цифровая экономика создали возможности для закрепления новых форм занятости, торговли и другой онлайн-деятельности, что смягчило последствия повсеместного локдауна» [Попова И.М., 2021: 257]. Пандемия также продемонстрировала в очередной раз уязвимость цифрового пространства, а следовательно, и необходимость еще более детального его правового регулирования.

---

<sup>4</sup> Communication from the Commission «Annual Growth Survey 2015» Brussels, 28.11.2014. COM(2014) 902.

<sup>5</sup> См.: World Trade Statistical Review 2019. Available at: [https://www.wto.org/english/res\\_e/statis\\_e/wts2019\\_e/wts19\\_toc\\_e.htm](https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2019_e/wts19_toc_e.htm) (дата обращения: 25.01.2020)

<sup>6</sup> См. в том числе: L'UE en 2015 — Rapport général sur l'activité de l'Union européenne. Commission européenne. Bruxelles. Available at: <http://publications.europa.eu/fr/web/general-report> (дата обращения: 3.04.2018)

Прошло более семи лет с момента принятия Стратегии Единого цифрового рынка для Европы, и на уровне ЕС был принят целый ряд как рекомендательных, так и нормативных правовых актов, в том числе программного характера. Например, в 2020 году — Сообщение Комиссии «Формирование цифрового будущего Европы»<sup>7</sup>, в 2021 году — Сообщение Комиссии «Цифровой компас: европейский путь цифрового десятилетия»<sup>8</sup>, а также в форме Регламента (что немаловажно) Программа для цифровой Европы (2021–2027)<sup>9</sup>. В Программе для цифровой Европы закреплены общие и конкретные цели (перечисляются в ст. 3 Регламента, раскрываются в последующих). К общим целям относятся: поддержка и ускорение цифровой трансформации европейской экономики, промышленности и общества на благо гражданам, государственным властям и бизнесу на территории всего ЕС, а также повышение конкурентоспособности Европы в мировой цифровой экономике. Что касается конкретных целей, то их пять: Высокопроизводительные вычисления. Искусственный интеллект. Кибербезопасность и доверие. Продвинутое цифровые навыки. Развертывание и оптимальное использование цифровых возможностей и функциональной совместимости.

Целесообразно проследить, как происходило и происходит создание единого цифрового рынка с момента принятия Стратегии в 2015 году, какие субъекты и при помощи каких правовых средств или инструментов в этом процессе задействованы. Очевидно, что создание единого цифрового рынка принесет ЕС массу преимуществ, например, укрепит позиции ЕС в сфере цифровой экономики. К тому же ЕС продолжает оставаться примером для иных интеграционных объединений, что придает актуальность, естественно, и исследованиям механизмов правового регулирования единого цифрового рынка ЕС. Например, в Евразийском Экономическом Союзе (далее — ЕАЭС) Евразийской экономической комиссией совместно с государствами-членами ЕАЭС ведется разработка комплексных подходов к регулированию внешней и взаимной электронной торговли в Союзе. В рамках этой работы сформирован план мер («дорожная карта») по созданию благоприятных условий для электронной торговли, который предусматривает разработку международного договора по вопросам электронной торговли в рамках Союза, и к участию в работе привлекают экспертов и по праву ЕС.

---

<sup>7</sup> Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Shaping Europe's Digital Future. COM (2020) 67 final. Brussels, 19 February.

<sup>8</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. 2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade. Brussels, 9.03.2021. COM/2021/118 final/2.

<sup>9</sup> Regulation (EU) 2021/694 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 establishing the Digital Europe Programme and repealing Decision (EU) 2015/2240 (Text with EEA relevance) // OJL 166, 11.5.2021, pp. 1–34.

Сфера действия права единого цифрового рынка ЕС огромна, и невозможно в рамках одной статьи все охватить. Ввиду этого объектом исследования выступает часть отношений, подпадающих под данное правовое регулирование, касающаяся единого рынка телекоммуникаций и сферы аудиовизуальных медиа-услуг с целью создания благоприятных условий для развития цифровых сетей и инновационных услуг.

Цель исследования — выявление предмета, особенностей и тенденций правового регулирования данной сферы отношений, в том числе во исполнение Стратегии, и, следовательно, повышения эффективности функционирования внутреннего рынка ЕС в целом. Достижение цели потребовало решения следующих задач: раскрыть содержание ключевых понятий права ЕС в анализируемой сфере; установить, предметом регулирования каких видов правовых актов ЕС является создание благоприятных условий для развития единого рынка телекоммуникаций и сферы аудиовизуальных медиа-услуг; определить и оценить сферу действия данных правовых актов; провести сравнительный анализ этих актов с иными актами ЕС; оценить эффективность данного правового регулирования; дать характеристику деятельности институтов ЕС в создании соответствующей правовой базы.

Понимание механизмов правового регулирования единого цифрового рынка ЕС как части внутреннего рынка ЕС, имеет важное значение для Российской Федерации как члена активно развивающихся экономических интеграционных объединений.

## **1. Стратегия Единого цифрового рынка для Европы**

В свете множества принимаемых институтами ЕС мер внутренний рынок находится в постоянном развитии. Поддерживается равновесие между необходимым усилением интеграции и наилучшим распределением благ в пользу потребителей, предприятий и граждан. Для этого необходима эффективность права ЕС, в частности, регламентов и директив, а также ясность и простота функционирования внутреннего рынка.

Следует помнить о роли институтов ЕС в восполнении пробелов в правовом регулировании, прежде всего Суда ЕС и Европейской Комиссии (далее — Комиссия). Роль Комиссии объясняется, прежде всего, ее участием в правотворческом процессе<sup>10</sup> и той деятельностью, которая ему предшествует. Разъяснения Суда ЕС относительно природы и действия права ЕС имеют существенный политический характер и формируют правовую систему ЕС

---

<sup>10</sup> Напр.: ст. 17 Договора о Европейском Союзе (ДЕС), ст. 249, 289, 290 Договора о функционировании Европейского союза (ДФЕС); Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union // OJ C 115. 09.05.2008.

[Моисеев А.А., 2007: 162]. Из учредительных договоров ЕС<sup>11</sup> не вытекает, что Суд ЕС связан своими предыдущими решениями, но на практике редко от них отходит, хотя такие случаи несомненно были [Энтин К.В., 2015: 58–59]. Суд ЕС все чаще стал основывать решения на своей предыдущей практике. Конечно, следует отметить и роль преюдициальных заключений Суда ЕС для национальных судов, хотя в учредительных договорах их юридическая сила тоже замалчивается<sup>12</sup>. Более того, сам Суд ЕС устанавливает на их основе новые принципы и нормы, хотя формально суды ЕС не являются правотворческими органами [Кашкин С.Ю., 2019: 19]. А.С. Исполинов обращает внимание на то, что далеко не каждое решение Суда ЕС обладает прецедентной силой и не каждое прецедентное решение становится нормой права. Он, как и Т. Тридимас, считает, что хотя прецедент не является формально источником права ЕС, он играет очень важную роль в функционировании правопорядка ЕС, обеспечении его единства и целостности, приобретая с течением времени квазинормативный характер [Исполинов А.С., 2016: 65, 76]; [Tridimas T., 2012: 328].

Различные институты ЕС, в том числе Комиссия и Европейский Совет<sup>13</sup> неоднократно подтверждали значимость должного функционирования внутреннего рынка ЕС. Комиссия подчеркнула, что «полностью интегрированный и хорошо функционирующий единый рынок поможет защитить Европу от будущих шоков и кризисов, в то время как подлинный Союз рынков капитала откроет дополнительное финансирование роста Европы»<sup>14</sup>. В свою очередь Европейский совет отметил, что должное функционирование внутреннего рынка включает содействие экономическому росту, инвестициям и инновациям, развитию конкуренции, благосостоянию граждан и увеличению числа рабочих мест. Это стало возможным благодаря существенному прогрессу при выполнении различных стратегий ЕС. Однако как подчеркивает Совет, остаются пробелы, требующие дополнительного внимания. Это касается, в частности, рынков услуг, капитала и энергетики, а также едино-

---

<sup>11</sup> См.: ст. 280 ДФЕС.

<sup>12</sup> См.: Case C-160/14 João Filipe Ferreira da Silva e Brito and Others v Estado português [2015]. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1584012811615&uri=C\\_ELEX:62014CJ0160](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1584012811615&uri=C_ELEX:62014CJ0160) (дата обращения: 12.03.2020)

<sup>13</sup> European Council conclusions. Brussels, 14 December 2018. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/media/37535/14-euco-final-conclusions-en.pdf> (дата обращения: 17.01.2019); European Council conclusions on jobs, growth and competitiveness, as well as other items (Paris Agreement and Digital Europe), 22 March 2018. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/media/33430/22-euco-intermediary-conclusions-en.pdf> (дата обращения: 17.01.2019); European Council conclusions. Brussels, 23 June 2017. Available at: <http://www.consilium.europa.eu/media/31807/22-23-euco-final-conclusions.pdf> (дата обращения: 3.04.2018)

<sup>14</sup> Communication from the Commission «Annual Growth Survey 2019: For a stronger Europe in the face of global uncertainty. Brussels, 21.11.2018. COM(2018) 770 final.

го цифрового рынка. Европейский совет настаивал на том, что внутренний рынок должен эволюционировать таким образом, чтобы полностью интегрировать цифровую трансформацию, включая искусственный интеллект, развитие экономики данных и услуг, связь и переход к более «зеленой экономике».

Для совершенствования правового регулирования внутреннего рынка необходимо постоянное его эволюционирование путем распространения интеграции в том числе на различные сферы цифровой деятельности. Так, технологический прогресс служит одной из причин обновления правового регулирования. В качестве примера можно привести включение единого цифрового рынка в политику внутреннего рынка ЕС для реагирования на подобные вызовы.

В 2015 г. Комиссия приняла Стратегию, что являлось ключевым приоритетом как для Комиссии, так и для европейского совета и Парламента и обозначено в Ежегодном обзоре роста за 2015 г. Н.С. Ревенко обосновывает целесообразность принятия Стратегии тем, что «мировая экономика быстро становится цифровой, а информационно-коммуникационные технологии уже являются основой для инноваций и современных экономических систем, меняя методы работы и людей, и компаний» [Ревенко Н.С., 2016: 7]. В 2017 г. Комиссия опубликовала Среднесрочный обзор<sup>15</sup> об исполнении Стратегии для единого цифрового рынка. Высказывается точка зрения, что Стратегия затрагивает множество различных областей политики с довольно расплывчатыми и поверхностными предложениями<sup>16</sup>. Однако с такой позицией можно согласиться только частично. Стратегия направлена на устранение препятствий в рамках единого цифрового (электронного) рынка, которые лишают граждан ЕС возможности пользоваться преимуществами от выбора товаров и услуг, а предприятия в Интернет-сфере — возможности в полной мере участвовать в будущем развитии сектора цифровых технологий. И.М. Попова отмечает, что Стратегия действовала до 2020 г. и ее приоритетом было устранение сохранявшихся барьеров в цифровой среде и обеспечение развития по-настоящему единого цифрового пространства как фактически еще одного пространства свобод в ЕС. Новая Стратегия, принятая в феврале 2020 г., ставит амбициозные цели большей независимости ЕС, лидерства в регуляторной среде и в некоторых передовых технологиях [Попова И.М., 2021: 257]. Однако документ, на который она ссылается, офи-

---

<sup>15</sup> Communication from the Commission on the Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy. A Connected Digital Single Market for All. {SWD(2017) 155 final} Brussels, 10.5.2017 COM(2017) 228 final.

<sup>16</sup> Mette M. The European Digital Single Market Strategy and Related Copyright Law Implications: The Status Que. Available at: <https://www.whitecase.com/publications/article/european-digital-single-market-strategy-and-related-copyright-law-implications> (дата обращения: 27.12.2020)

циально не носит название стратегии, это упомянутое выше Сообщение «Формирование цифрового будущего Европы».

Нельзя не остановиться на ключевой терминологии. Естественно, к ней относится понятие единого цифрового рынка<sup>17</sup>, закрепленное в Стратегии: «Рынок, в котором обеспечивается свободное передвижение товаров, людей, услуг и капитала, и где граждане, физические и юридические лица могут беспрепятственно получать доступ и осуществлять онлайн-операции в условиях добросовестной конкуренции, а также с высоким уровнем защиты прав потребителей и персональных данных, независимо от их национальности или места жительства». Проанализировав текст Стратегии, выделим предметы регулирования: это электронная торговля, цифровые сети и информационные услуги, а также цифровая экономика. Конечно, не следует забывать как о рекомендательном характере данного документа, так и об особой значимости актов, принимаемых Комиссией. Полезно проследить, какова значимость именно этой Стратегии для повышения эффективности правового регулирования единого цифрового рынка.

Стратегия предусматривала принятие ряда ключевых действий для создания единого цифрового рынка в рамках трех опор: онлайн-доступ к товарам и услугам в рамках всего ЕС; условия для развития цифровых сетей и услуг и цифровая экономика и общество. Тут же приходит на ум ассоциация с тремя опорами<sup>18</sup> ЕС по Маастрихтскому договору 1992 г. (о Европейском союзе)<sup>19</sup>.

Для обеспечения благоприятных (необходимых и равных) условий в целях развития цифровых сетей и услуг (вторая опора) предлагалось принять целый ряд мер в следующих сферах: единый рынок телекоммуникаций, аудиовизуальные медиа-услуги, защита персональных данных, кибербезопасность и борьба с киберпреступлением, онлайн-платформы и ответственность онлайн-посредников<sup>20</sup>. Данная статья посвящена первым двум направлениям этой опоры: это единый рынок телекоммуникаций и аудиовизуальные медиа-услуги.

---

<sup>17</sup> Определение внутреннего рынка дается в п. 2 ст. 26 ДФЕС: «Внутренний рынок охватывает пространство без внутренних границ, в котором согласно положениям Договоров обеспечивается свободное движение товаров, лиц, услуг и капиталов».

<sup>18</sup> Конечно, можно говорить не об опорах, а направлениях деятельности, но в рамках каждого такого направления есть еще более мелкие направления. В связи с этим удобнее использовать разные термины для обозначения более широких и более узких направлений деятельности ЕС по созданию единого цифрового рынка.

<sup>19</sup> Treaty on European Union // OJ C 191, 29.7.1992, p. 1–112.

<sup>20</sup> Для упорядочения материала в статье использована классификация мер, разработанная Комиссией и содержащаяся в Стратегии Единого цифрового рынка, хотя исследование не ограничивается периодом с 2015 по 2020 год, а охватывает также последующий период.

## **2. Условия развития цифровых сетей и услуг**

### **2.1 Единый рынок телекоммуникаций**

Меры по обеспечению благоприятных условий для развития цифровых сетей и услуг включают, согласно Стратегии, усовершенствование правового регулирования в сфере телекоммуникаций в рамках внутреннего рынка. В 2015 году телекоммуникационные рынки преимущественно были национальными, региональными или локальными, следствием чего выступали разные условия спроса и предложения. В свете подобных событий Комиссия обращала внимание на существенные различия в правовом регулировании данного рынка в рамках всего ЕС, которые не могут быть оправданы национальными обстоятельствами и, в свою очередь, препятствуют дальнейшему развитию инвестиционной деятельности и появлению инновационного бизнеса на уровне ЕС. Интересно сослаться на мнение А.А. Шишлова (высказанное в 2011 г.), согласно которому положительный опыт телекоммуникационных реформ стран-членов ЕС был использован на уровне Союза, что, в свою очередь, позволило создать единый рынок телекоммуникационных услуг ЕС [Шишлов А.А., 2011: 8]. Действовавшее в 2015 г. правовое регулирование электронных коммуникаций<sup>21</sup> характеризовалось успешной либерализацией прежде монополизированных национальных рынков и

---

<sup>21</sup> Для упорядочивания материала в статье использована классификацию мер, разработанную Комиссией и представленную в Стратегии Единого цифрового рынка, хотя исследование не ограничивается периодом 2015 — 2020 годов, а охватывает и последующий период. Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) // OJ L 108, 24.4.2002, p. 33; Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive) // OJ L 108, 24.4.2002, p. 51; Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) // OJ L 201, 31.7.2002, p. 37; Regulation (EU) No 531/2012 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2012 on roaming on public mobile communications networks within the Union // OJ L 172, 30.6.2012, p. 10; Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws // OJ L 337, 18.12.2009, p. 11–36; Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directives 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, and 2002/20/EC on the authorisation of electronic communications networks and services // OJ L 337, 18.12.2009, p. 37–69; Regulation (EC) No 1211/2009 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 establishing the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) and the Office // OJ L 337, 18.12.2009, p. 1–10.

сокращением препятствий для эффективной конкуренции, а также созданием общих принципов, действующих на территории всего ЕС. Важно то, что основные положения экономического регулирования были основаны на результатах анализа рынка, проведенного национальными властями. Комиссия отмечала, что, несмотря на возможное существование общего консенсуса в отношении необходимости (при определенных обстоятельствах) регулирования доступа к широкополосным сетям, могут значительно различаться средства регулирования, выбранные национальными властями для исправления конкретных рыночных сбоев и выявленных проблем в области конкуренции.

Последние технологические достижения играют ключевую роль для понимания меняющейся среды электронных коммуникаций и быстроты происходящих изменений. В 2010 г. была принята Цифровая повестка дня Европы, и тогда поставленные в ней цели казались важными и актуальными. Однако в ракурсе темпов технологического развития этих мер было уже недостаточно, и они являлись несколько устаревшими. Особое внимание Комиссия уделила решению проблемы диапазона радиочастот, который был предметом национального регулирования. Помимо этого, была подчеркнута необходимость в регулировании сферы проводных сетей, особенно там, где появилась конкуренция на региональном и национальном уровнях. Также было отмечено, что необходимо поощрять развертывание современных сетей на условиях честной конкуренции и обеспечения дохода, соразмерного рискам [Ревенко Н.С., 2016: 10]. В итоге было предложено внести изменения в Директиву 2002/22 об универсальных услугах, а также принять пакет документов, касающихся единого рынка телекоммуникаций.

Были ли реализованы планы и предложения Комиссии по совершенствованию правового регулирования рынка телекоммуникаций и, если были, то насколько? Приведем лишь несколько примеров. В 2015 г. принят Регламент 2015/2120, закрепляющий меры в отношении открытого доступа к Интернету и вносящий изменения в Директиву 2002/22 об универсальных услугах и в Регламент 531/2012 о роуминге при использовании публичных мобильных коммуникационных сетей в Союзе<sup>22</sup>. Регламент закрепляет общие правила для обеспечения равного и недискриминационного отношения к трафику при предоставлении услуг доступа в Интернет и связанных с этим прав конечных пользователей. Регламент также устанавливает новый механизм розничного ценообразования на регулируемые услуги роуминга в рамках

---

<sup>22</sup> Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 laying down measures concerning open internet access and amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services and Regulation (EU) No 531/2012 on roaming on public mobile communications networks within the Union // OJ L 310, 26.11.2015, p. 1.

Союза, чтобы отменить надбавки на розничный роуминг без искажения внутренних и посещаемых рынков. Необходимо упомянуть также принятый в 2018 г. в форме директивы Европейский кодекс электронных коммуникаций<sup>23</sup>, а также Регламент 2018/1971 об учреждении Органа европейских регуляторов электронных коммуникаций и Агентства по поддержке данного Органа<sup>24</sup>.

Директива 2018/1972 о Европейском кодексе электронных коммуникаций должна была быть включена (имплементирована) в законодательство государств-членов к концу 2020 г. Она устанавливает гармонизированные рамки регулирования электронных коммуникационных сетей, электронных коммуникационных услуг, связанных средств и связанных услуг, а также определенных аспектов терминального оборудования. Кроме этого, она закрепляет задачи национальных регулирующих органов и, где это применимо, других компетентных органов, а также устанавливает набор процедур для обеспечения гармонизированного применения базовых правовых положений во всем Союзе. Данная Директива имеет в качестве цели создание внутреннего рынка электронных коммуникаций в рамках ЕС, обеспечив при этом высокий уровень инвестирования, инноваций и защиты прав потребителей посредством усиления конкуренции.

Согласно закрепленному в ст. 12 правилу общей авторизации сетей и услуг электронных коммуникаций, государства-члены обязаны обеспечить свободу предоставления сетей и услуг электронной коммуникации в соответствии с условиями, изложенными в Директиве. С этой целью государства-члены не должны препятствовать предприятию предоставлять сети или услуги электронной коммуникации, за исключением случаев, когда это необходимо по причинам, изложенным в ст. 52 (1) ДФЕС. Любое такое ограничение свободы должно быть обосновано и доведено до сведения Комиссии. Речь идет о таких основаниях ограничения, как защита общественного порядка, государственной безопасности и общественного здоровья при соблюдении принципа пропорциональности. Также в Директиве закрепляется целый ряд новых задач, которые стоят перед Органом европейских регуляторов электронных коммуникаций, например, издание руководящих принципов по нескольким темам, отчетность по техническим вопросам, ведение реестров, списков или баз данных и предоставление заключений по вну-

---

<sup>23</sup> Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (Recast) // OJ L 321, 17.12.2018, p. 36–214.

<sup>24</sup> Regulation (EU) 2018/1971 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) and the Agency for Support for BEREC (BEREC Office), amending Regulation (EU) 2015/2120 and repealing Regulation (EC) No 1211/2009 // OJ L 321, 17.12.2018, p. 1–35.

тренним рыночным процедурам для проектов национальных мер по регулированию рынка.

Кодексом внесены изменения в действующее правовое регулирование, поскольку этого требовал технический прогресс. Новые правила в области телекоммуникаций обеспечат гражданам ЕС высокоскоростную связь и сделают телефонные звонки безопасными и доступными в пределах ЕС, а также проложат путь для увеличения инвестиций в высокоскоростной Интернет и плавного внедрения 5G на рынок ЕС.

Интересно обратить внимание на нарушение права ЕС государствами-членами. Так, в связи с тем, что не были приняты меры по приведению национального законодательства в соответствие с Европейским кодексом об электронных коммуникациях, Комиссия направила 24 государствам в феврале 2021 г. письма о формальном уведомлении. Только Греция, Венгрия и Финляндия уведомили Комиссию, что они приняли все необходимые меры по включению Директивы в свое законодательство<sup>25</sup>. В ноябре 2021 г. Комиссия решила направить Бельгии и Чехии (из 24 государств) мотивированные мнения, чтобы призвать их включить в должной мере положения Европейского кодекса об электронных коммуникациях в национальное законодательство<sup>26</sup>.

В декабре 2021 г. Комиссия направила мотивированное мнение Венгрии в связи с решением Венгерского совета СМИ отклонить заявку радиостанции «Klubradio» на использование радиочастотного спектра на весьма сомнительных, с точки зрения Комиссии, основаниях<sup>27</sup>. Европейский кодекс электронных коммуникаций содержит нормы, касающиеся условий, связанных с использованием радиочастотного спектра, и процедур предоставления, продления, возобновления или отзыва этих прав, т.е. последние выступают предметом регулирования права ЕС. Например, особый акцент следует сделать на том, что эти нормы, в частности, закрепляют принципы пропорциональности и недискриминации, которые, по мнению Комиссии, были нарушены Венгрией, поскольку решение Совета по СМИ не было пропорциональным и прозрачным, а венгерский закон о средствах массовой информации был применен дискриминационным образом. Комиссия открыла

---

<sup>25</sup> Commission opens infringement procedures against 24 Member States for not transposing new EU telecom rules. European Commission. 4 february 2021. Brussels. Available at: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_206](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_206) (дата обращения: 20.06.2022)

<sup>26</sup> October infringements package: key decisions. European Commission. 12 November 2021. Brussels. Available at [https://cyprus.representation.ec.europa.eu/news/october-infringements-package-key-decisions-2021-11-12\\_en](https://cyprus.representation.ec.europa.eu/news/october-infringements-package-key-decisions-2021-11-12_en) (дата обращения: 23.06.2022)

<sup>27</sup> December infringements package: key decisions. European Commission. 02 December 2021. Brussels. Available at: [https://cyprus.representation.ec.europa.eu/news/december-infringements-package-key-decisions-2021-12-02\\_en](https://cyprus.representation.ec.europa.eu/news/december-infringements-package-key-decisions-2021-12-02_en) (дата обращения: 20.06.2022)

процедуру нарушения, направив 09.06.2021. официальное уведомление венгерским властям, и их ответ не устранил опасений Комиссии<sup>28</sup>. Если Венгрия не приведет свое решение в соответствие с нормами в сфере телекоммуникаций ЕС в течение двух месяцев, Комиссия вправе принять решение о передаче дела в Суд ЕС<sup>29</sup>.

Европейский кодекс электронных коммуникаций тесно связан с «Планом действий по 5G» 2016 г. Оба документа направлены на поощрение конкурентоспособности промышленности в рамках Единого цифрового рынка.

Регламент 2018/1971 об учреждении Органа европейских регуляторов электронных коммуникаций и Агентства по поддержке данного органа заменил Регламент 1211/2009 — часть Пакета документов о реформировании в сфере телекоммуникаций<sup>30</sup>. Орган создан взамен Группы европейских регуляторов электронных коммуникаций и уполномочен следить за должным выполнением, в частности, Кодекса об электронных коммуникациях. Стратегия этого Органа на 2021–2025 годы принята на пять лет. До этого разрабатывались трехлетние стратегии. Новый подход позволит лучше согласовать их с законодательным циклом Европейской комиссии.

Как отмечает И.М. Попова, для сложной структуры принятия решений в ЕС создание специализированных эффективных институтов является значимым фактором успеха реализации политики цифровизации [Попова И.М., 2021: 259–260]. В отношении оценки роли этих органов можно согласиться с И.М. Поповой, однако не совсем понятно, в чем заключается «сложность» процедуры принятия решений в ЕС.

Если обратиться к Программе цифровой Европы, принятой в апреле 2021 г., то меры по усовершенствованию правового регулирования в сфере телекоммуникаций в рамках внутреннего рынка можно отнести к пятой специальной цели: «Развертывание и оптимальное использование цифровых возможностей и функциональной совместимости (интероперабельности — авт.)». В Программе отмечается, что для сильной цифровой экономики Европы необходимо надлежащее применение механизма «Фонда объединения

---

<sup>28</sup> June infringements package: key decisions. European Commission. 9 June 2021. Brussels. Available at: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/INF\\_21\\_2743](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/INF_21_2743) (дата обращения: 20.06.2022)

<sup>29</sup> Информация о передаче дела в Суд ЕС пока отсутствует.

<sup>30</sup> Кроме Регламента 1211/2009, в Пакет входили еще Директивы 2009/136 и 2009/140.. Е.Я. Велихова подробно исследовала директивы, входящие в «телекоммуникационные пакеты» 2002 и 2009 годов: «Следуя по пути либерализации отрасли, упрощения лицензирования, законодатели также не забывают о возрастающей роли регулирующих учреждений и независимости их деятельности; отдельное внимание уделяется универсальным услугам и их правовому регулированию. Немалая роль в данных директивах отводится и ценообразованию, положению доминирующих участников на рынке телекоммуникаций и развитию инноваций» [Велихова Е.Я., 2016: 13].

Европы<sup>31</sup>» (далее — ФОЕ), учрежденного регламентом Парламента и Совета в 2014 г.<sup>32</sup>, а также имплементация Европейского кодекса электронных коммуникаций (Директива 2018/1972). В июле 2021 г. принят новый Регламент, отменяющий и тот, о котором говорится в этой Программе, и Регламент 2021/1153 о создании Фонда объединения Европы<sup>33</sup>. Очевидно, что в этом прослеживается последовательность политики институтов ЕС. Общие цели ФОЕ, в частности, состоят в том, чтобы построить, развивать, модернизировать и завершить трансевропейские сети в сфере транспорта, энергетики и в цифровом секторе, а также обеспечить доступ к внутреннему рынку и развитие интеграции с акцентом на упрощение синергии между соответствующими секторами.

Генеральный директорат по интернет-коммуникациям, контенту и технологиям регулярно проводит опрос граждан ЕС в сфере электронных коммуникаций. На июнь 2021 г. все еще оставались существенные различия в рамках всего ЕС в отношении доступа к Интернету и использования приложений и услуг<sup>34</sup>.

Очевидно, что сделано немало из запланированного в Стратегии, однако все цели еще не достигнуты. Так, в Ежегодном отчете по функционированию внутреннего рынка, опубликованном в мае 2021 г.<sup>35</sup>, отмечаются основные препятствия на пути реализации внутреннего рынка, среди которых неэф-

---

<sup>31</sup> Возможно, правильное перевести «Connecting Europe Facility» (CEF) как механизм, объединяющий или соединяющий Европу, но поскольку по сути речь идет о фонде, то уже устоялось такое название.

<sup>32</sup> Regulation (EU) No 1316/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 establishing the Connecting Europe Facility, amending Regulation (EU) No 913/2010 and repealing Regulations (EC) No 680/2007 and (EC) No 67/2010 // OJ L 348, 20.12.2013, p. 129–171.

<sup>33</sup> Regulation (EU) 2021/1153 of the European Parliament and of the Council of 7 July 2021 establishing the Connecting Europe Facility and repealing Regulations (EU) No 1316/2013 and (EU) No 283/2014 // OJ L 249, 14.7.2021, p. 38–81.

<sup>34</sup> Например, в большинстве государств-членов как минимум три четвертых респондентов имеют доступ в интернет, а в таких странах как Румыния, Болгария и Италия — менее двух третей. Однако существуют большие различия, когда речь идет про электронные коммуникации между государствами-членами (сообщения по Интернету, звонки по интернет-приложениям, смс, звонки по стационарным телефонам).

Special Eurobarometer 510. Report. E-Communications in the Single market. European Commission. June 2021. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7e0981d4-da16-11eb-895a-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-259942445> (дата обращения: 22.06.2022)

<sup>35</sup> Commission staff working document. Annual Single Market Report 2021. Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a stronger Single Market for Europe's recovery». Brussels, 05.05.2021. SWD/2021/351 final.

фektivность развертывания сетей электронных коммуникаций. Основными причинами подобной ситуации выступают юридические и административные трудности (высокие сборы, обременительный процесс получения разрешений, проблемы с доступом к физической инфраструктуре, отсутствие информации об инфраструктуре и т.д.). Комиссия обращает внимание на то, что за последние годы был выдвинут или пересмотрен значительный свод правовых актов (в сфере электронных коммуникаций, защиты данных, кибербезопасности). Там, где были выявлены пробелы в правовом регулировании, Комиссия внесла соответствующие предложения или находится в процессе их внесения.

## **2.2. Аудиовизуальные медиа-услуги**

Меры по обеспечению благоприятных условий для развития цифровых сетей и услуг включают согласно Стратегии также меры в области регулирования аудиовизуальных медиа-услуг. Аудиовизуальные медиа-услуги являются цифровыми услугами, под которыми понимаются услуги, обычно оказываемые за вознаграждение, на расстоянии, при помощи электронных средств и по индивидуальному запросу получателя услуг<sup>36</sup>.

В сфере аудиовизуальных медиа-услуг по сравнению с многими иными рекомендуемыми Комиссией направлениями деятельности не предложено никаких радикальных действий, а лишь подчеркнута необходимость пересмотра правовых актов с учетом технического прогресса, поскольку аудиовизуальная сфера характеризуется чрезвычайно быстрыми изменениями, в том числе в связи с появлением новых технологий распространения контента и бизнес-моделей. Например, иногда новые участники («игроки») медиарынка оказываются не охваченными юрисдикцией ЕС или новый тип услуг не подпадает под закрепленное определение аудиовизуальных медиа-услуг. Подобные случаи вызывают вопросы о защите прав зрителей, в частности несовершеннолетних, а также об уровне нормативного бремени для традиционных и новых услуг.

Говоря о необходимости постоянного совершенствования правовых актов ЕС, Комиссия имеет в виду в том числе Директиву 2010/13 о координации некоторых, законодательных, регламентарных и административных положений государств-членов, касающихся аудиовизуальных медиа-услуг

---

<sup>36</sup> Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services // OJ L 241, 17.9.2015, p. 1–15; Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') // OJ L 178, 17.7.2000, p. 1–16.

(далее — Директива об аудиовизуальных медиа-услугах)<sup>37</sup>. Эта Директива — акт минимальной гармонизации в отношении некоторых аспектов национальных законодательств в сфере аудиовизуальных медиа-услуг с целью облегчения их движения на внутреннем рынке на основе принципа страны происхождения. Директива закрепляет минимальные стандарты, которые должны учитывать государства-члены, при регулировании таких сфер, как реклама, защита прав несовершеннолетних и продвижение европейских аудиовизуальных произведений<sup>38</sup>. Каждое государство-член должно гарантировать, что все аудиовизуальные медиа-услуги, предлагаемые поставщиками, находящимися под его юрисдикцией, соответствуют нормам, применимым к аудиовизуальным медиа-услугам, предназначенным для населения в этом государстве-члене.

Принцип страны происхождения часто рассматривается как синоним принципа взаимного признания; к условиям его применения существуют разные подходы [Craig P., de Búrca G., 2008: 836]; [Nikolaidis K., Schmidt S., 2007: 717–734]. В соответствии с принципом взаимного признания для обеспечения, например, свободы движения товаров или свободы услуг не требуется гармонизация национального законодательства государств-членов<sup>39</sup>. Объектом принципа выступают национальные нормы государств-членов. Так, например, услуга, законно оказываемая в одном государстве-члене, не может быть запрещена в другом государстве-члене и ей должен быть обеспечен доступ на рынок другого государства-члена. Государство-член не должно применять дискриминационных мер в отношении данных услуг на основании их происхождения.

Недостатком принципа страны происхождения является обязанность государств допускать на рынок услуги даже более низкого качества, чем разрешенные на территории данного государства. Естественно, это возможно при условии, что услуги отвечают требованиям государства происхождения и не подпадают под исключения. Таким образом, государство с более высокими стандартами не может ограничить доступ к своему рынку услуг из другого государства-члена, в котором предусмотрены более низкие стандарты (однако Директива предусматривает определенные исключения). Ю.М. Юмашев, отмечая эту теневую сторону принципа страны происхождения, которую еще называют «race to the bottom» («скатывание вниз»), обращает внимание

---

<sup>37</sup> Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) // OJ L 95, 15.4.2010, p. 1–24.

<sup>38</sup> «European works» (англ.) «œuvres européennes» (фр.).

<sup>39</sup> Communication de la Commission «La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur» [COM(1999) 299 final — Non publié au Journal officiel].

на то, он несмотря на это стал существенным шагом вперед на пути ускорения интеграционных процессов [Юмашев Ю.М., 2015: 83]. Комиссия этот принцип называет краеугольным камнем правового регулирования медиа-услуг.

Комиссия в Стратегии предлагала оценивать положения Директивы об аудиовизуальных медиа-услугах с точки зрения как адекватного регулирования стремительного развития аудиовизуальной сферы, так и эффективности в достижении закрепленных в ней целей. Также Комиссии внушали опасения, в частности, процедуры применения исключений из принципа страны происхождения для принятия мер, связанных с государственной политикой по предотвращению, расследованию, выявлению и преследованию преступлений, включая действия по защите несовершеннолетних и борьбу с любым подстрекательством к ненависти по признаку расы, пола, религии или национальности, а также с посягательствами на человеческое достоинство в отношении отдельных лиц. Переоценке должны периодически подвергаться нормы Директивы, связанные со свободой информации с целью обеспечения полного уважения свободы и плюрализма средств массовой информации. В этом контексте оценка должна быть посвящена независимости регулирующих органов, как и доступности информации, представляющей общественный интерес.

Во исполнение Стратегии в 2018 г. принята Директива 2018/1808, которая внесла изменения в Директиву об аудиовизуальных медиа-услугах с учетом эволюции реалий рынка<sup>40</sup>. В частности, изменения коснулись определений следующих терминов: аудиовизуальные медиа-услуги, программа, аудиовизуальные коммерческие коммуникации, спонсорство, размещение продукта. Определения таких терминов, как услуга по предоставлению платформы для совместного использования видеозаписей<sup>41</sup>, поставщик услуги по предоставлению платформы для совместного использования видеозаписей, созданное пользователем видео, редакционное решение были исключены из текста Директивы.

В Директиве 2018/1808 оговаривается, что необходимые меры защиты несовершеннолетних, применимые к услугам в сфере телевидения, должны применяться и к аудиовизуальным медиа-услугам, оказываемым по запросу (т.е. нелинейным аудиовизуальным медиа-услугам)<sup>42</sup>, под которыми пони-

---

<sup>40</sup> Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive «Services de médias audiovisuels»), compte tenu de l'évolution des réalités du marché // JO L 303 du 28.11.2018, p. 69–92.

<sup>41</sup> Video-sharing platform service (англ.)

<sup>42</sup> On-demand audiovisual media services (англ.)

маются аудиовизуальные медиа-услуги, оказываемые поставщиком медиа-услуг для просмотра программ в момент, выбранный пользователем, и по его индивидуальному запросу на основе каталога программ, выбранных поставщиком медиа-услуг. Это должно повысить уровень защиты.

Минимальная гармонизация позволяет государствам-членам обеспечивать более высокий уровень защиты контента, который может ухудшить физическое, умственное или моральное развитие несовершеннолетних. Подобный вредоносный контент, не обязательно связанный с преступлением, должен быть объектом строжайших мер, среди которых — шифрование и родительский контроль. Государства-члены вправе, в свою очередь, принимать более строгие меры. Регламент 2016/679<sup>43</sup> признает, что ребенок заслуживает особой защиты при процессе обработки его персональных данных. Создание механизмов защиты детей поставщиками медиа-услуг неизбежно приводит к обработке персональных данных несовершеннолетних.

Директива 2010/13 распространила определенные аудиовизуальные правила на платформы для обмена видео и аудиовизуальный контент, размещаемый в определенных социальных сетях. С целью защиты несовершеннолетних от вредоносного контента и всех граждан от подстрекательства к ненависти, насилию и терроризму, эти услуги должны подпадать под действие Директивы 2010/13 в той мере, в какой они соответствуют определению услуги платформ по размещению видео.

В текст Директивы 2010/13 включено положение о том, что Комиссия должна на основе сообщаемой государствами-членами информации и данных независимого исследования направлять отчет Европейскому парламенту и Совету о применении некоторых норм<sup>44</sup>. В преамбуле Директивы 2018/1808 отмечается, что с целью упрощения имплементации Директивы 2010/13 создается Контактный комитет<sup>45</sup>, и с ним следует регулярно консультироваться по любым практическим проблемам, возникающим в связи

---

<sup>43</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

<sup>44</sup> Речь о нормах п. 1 и 2 ст. 13. Например, согласно п.1 ст. 13 Директивы 2010/13 государства-члены должны следить за тем, чтобы поставщики аудиовизуальных медиа-услуг предоставляемых по запросу, находящиеся под их юрисдикцией, обеспечат не менее 30% доли европейских произведений в своих каталогах и известность этих произведений. В 2020 г. Комиссия опубликовала два сообщения о руководящих принципах: одно для платформ обмена видео, которые помогут государствам-членам применять новые правила (разъясняют в какой степени новые правила будут распространяться на участников социальных сетей), а другое о расчете доли европейских произведений в каталогах видео по запросу и об определении исключений для низкой аудитории и низкого оборота.

<sup>45</sup> Согласно ст. 29 Директивы 2010/13 Контактный комитет создается под эгидой Комиссии и состоит из представителей компетентных властей государств-членов.

с ее применением. Работа Контактного комитета не должна ограничиваться существующими вопросами аудиовизуальной политики, но также должна охватывать соответствующие изменения, возникающие в этом секторе.

С 2019 г. действует Директива 2019/770 о некоторых аспектах, касающихся договоров по предоставлению цифрового контента и цифровых услуг<sup>46</sup>, в преамбуле которой упоминается Стратегия и отмечается, что потенциал роста электронной торговли в Союзе не использован в полной мере. Целью Директивы является содействие надлежащему функционированию внутреннего рынка, обеспечивая при этом высокий уровень защиты потребителей путем установления общих правил в отношении определенных требований, касающихся договоров между продавцами (поставщиками) и потребителями на предоставление цифрового контента или цифровых услуг. В контексте Директивы под цифровой услугой понимается услуга, которая позволяет потребителю создавать, обрабатывать, хранить или получать доступ к данным в цифровой форме; или услуга, которая позволяет обмениваться данными или любое другое взаимодействие с данными в цифровой форме, загруженными или созданными потребителем или другими пользователями этой услуги.

Интересно рассмотреть ст. 4 Директивы, касающуюся уровня гармонизации. В соответствии с ней государства-члены не должны сохранять и вводить в свое национальное право положения, отличающиеся от закрепленных в Директиве. Это касается национальных норм, которые закрепляют не только более мягкие, но и более строгие требования, создавая тем самым разный уровень защиты прав потребителей, если иное не предусмотрено в настоящей директиве. Директива представляет собой пример «старого подхода» к сближению законодательств — полной гармонизации.

В Ежегодном отчете Комиссии о применении права ЕС, опубликованном в июле 2021 г.<sup>47</sup>, отмечается, что срок, в который государства должны придать силу национальным правовым положениям, необходимым для соблюдения Директивы 2018/1808, истек 19.09.2020. В 2020 году Комиссия начала процедуры о нарушениях против 23 государств-членов за неспособность своевременно включить в законодательства пересмотренные правила Директивы об аудиовизуальных медиа-услугах<sup>48</sup>. Этим государствам в ноябре 2020 г. были направлены формальные уведомления, а в ноябре 2021 г. Ко-

---

<sup>46</sup> Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services // OJ L 136, 22.5.2019, p. 1–27.

<sup>47</sup> Report from the Commission. Monitoring the application of European Union law. 2020. Annual Report. Brussels, 23.07.2021. COM(2021) 432 final.

<sup>48</sup> October infringements package: key decisions. European Commission. 12 November 2021. Brussels. Available at: [https://cyprus.representation.ec.europa.eu/news/october-infringements-package-key-decisions-2021-11-12\\_en](https://cyprus.representation.ec.europa.eu/news/october-infringements-package-key-decisions-2021-11-12_en) (дата обращения: 23.06.2022)

миссия решила направить Румынии и Франции мотивированные мнения, чтобы призвать их включить положения Директивы об аудиовизуальных медиа-услугах в свое законодательство.

В Сообщении Комиссии «Формирование цифрового будущего Европы» (2020 г.), отмечается, что Комиссия в ближайшие пять лет сосредоточится на достижении трех ключевых целей, среди которых «Открытое, демократическое и устойчивое общество»<sup>49</sup>. Для достижения этой цели Комиссия планирует принять ряд ключевых действий, среди которых составление Плана действий в области средств массовой информации и аудиовизуальных средств (Media and Audiovisual Action Plan), а также Плана действий в сфере европейской демократии. Первый призван поддержать цифровую трансформацию и конкурентоспособность аудиовизуального сектора и сферы средств массовой информации, а второй — повысить устойчивость демократических систем, поддержать плюрализм средств массовой информации и устранить угрозы внешнего вмешательства в европейские выборы.

Нельзя отдельно не отметить предложение Комиссии, сделанное ею также в 2020 г. в русле реализации Стратегии. Речь о пакете документов, направленных на усиление единого рынка цифровых услуг и укрепление конкурентоспособности онлайн-среды — «Акт о цифровых услугах»<sup>50,51</sup>. Это проект Регламента. Планируется модернизация правового регулирования цифровых услуг в рамках двух опор.

Предложения, направленные на закрепление более четких норм об ответственности поставщиков цифровых услуг по снижению рисков, с которыми сталкиваются их пользователи, и для защиты их прав. Это может быть достигнуто благодаря современной системе сотрудничества для надзора за платформами.

Предложение о принятии норм *ex ante*, охватывающих крупные онлайн-платформы, которые будут устанавливать правила для их пользователей и их конкурентов<sup>52</sup>.

Цель будущего Регламента заключается в обеспечении надлежащего функционирования внутреннего рынка посреднических услуг, а также в установлении единых правил для безопасной, предсказуемой и надежной онлайн-среды, в которой защищены основные права, закрепленные в Хартии. Комиссия

---

<sup>49</sup> Две другие цели: «Технологии, которые работают на людей» и «Справедливая и конкурентоспособная экономика».

<sup>50</sup> Digital Services Act package (англ.)

<sup>51</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC. Brussels, 15.12.2020. COM/2020/825 final.

<sup>52</sup> The Digital Services Act package. Available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package> (дата обращения: 05.10.2020)

инициировала публичные консультации по поводу данного проекта, которые должны были завершиться еще в сентябре 2020 г. На данный момент отсутствует более детальная информация о форме воплощения проекта.

План действий в области средств массовой информации и аудиовизуальных средств и Акт о цифровых услугах упоминаются и в последующих документах Комиссии, демонстрируя последовательность ее политики. Так, в Сообщении Комиссии «Цифровой компас: европейский путь цифрового десятилетия» (2021 г.) одним из четырех кардинальных пунктов — задач, которые необходимо выполнить для достижения поставленных перед Союзом целей к 2030 году, отображающих траекторию развития, выступает «Цифровая трансформация бизнеса». Комиссия подчеркивает, что быстрое принятие и реализация предложений Комиссии по Единому цифровому рынку и стратегий для формирования цифрового будущего Европы будут способствовать цифровой трансформации бизнеса и обеспечению справедливой и конкурентоспособной цифровой экономики. Среди подобных стратегий — План действий в области средств массовой информации и аудиовизуальных средств, а также Акт о цифровых услугах, Акт о цифровых рынках<sup>53</sup>. Акт о цифровых услугах вместе с Актом о цифровых рынках задуманы как всеобъемлющий пакет мер по предоставлению цифровых услуг в ЕС и направлены, в частности, на решение проблем, связанных с онлайн-платформами. Если вновь обратиться к «Программе цифровой Европы» 2021 г., то меры в области регулирования аудиовизуальных медиа-услуг, как и меры в сфере телекоммуникаций относятся к пятой специальной цели: «Развертывание и оптимальное использование цифровых возможностей и функциональной совместимости (интероперабельности.–Е.П..)». В частности, планируются меры в сфере образования, культуры и средств массовой информации, а также иные меры для поддержания единого цифрового рынка. Например, следует содействовать повышению цифровой и медиа-грамотности, осведомленности несовершеннолетних, родителей и учителей о рисках, с которыми несовершеннолетние могут столкнуться в Интернете, и способах их защиты, а также продвигать меры, направленные на выявление и борьбу с преднамеренным распространением дезинформации, тем самым повышая общую устойчивость Союза.

## **Заключение**

Сфера телекоммуникаций, как и аудиовизуальная сфера характеризуются чрезвычайно быстрыми изменениями, в том числе в связи с появлением

---

<sup>53</sup> Помимо этого упоминаются, в частности, Стратегия кибербезопасности ЕС для Цифрового десятилетия, Стратегии в области данных и искусственного интеллекта. Платформа для регулирования бизнеса.

новых технологий. На момент принятия Стратегии в ЕС, с одной стороны, правовое регулирование телекоммуникаций характеризовалось либерализацией прежде монополизированных национальных рынков и сокращением препятствий для эффективной конкуренции, а также созданием общих принципов, действующих на территории всего ЕС, с другой, наблюдались существенные различия в правовом регулировании этого рынка в государствах-членах. Эти различия нельзя было оправдать национальными интересами и они, в свою очередь, препятствовали развитию инвестиционной деятельности и появлению инновационного бизнеса на уровне ЕС. Например, существенно могли различаться средства регулирования государств-членов для исправления рыночных сбоев и проблем в области конкуренции. Комиссия считала особенно необходимым совершенствовать правовое регулирование диапазона радиочастот, сферы проводных и иных сетей на условиях честной конкуренции и обеспечения дохода, соразмерного рискам. Действуют, например, Регламент 2015/2020 о мерах об открытом доступе к Интернету, Директива 2018/1972 о Европейском кодексе электронных коммуникаций, а также Регламент 2018/1971 об учреждении Органа европейских регуляторов электронных коммуникаций и Агентства по поддержке данного Органа.

В сфере аудиовизуальных медиа-услуг Комиссией был сделан акцент не на разработке новых правовых актов, а на пересмотре действующих исходя из развития технических возможностей. Например, изменения внесены в Директиву 2010/13 об аудиовизуальных медиа-услугах. В Стратегии предлагалось оценивать положения Директивы глобально, с точки зрения адекватного регулирования и технического прогресса, эффективности в достижении закрепленных в ней целей, а в отношении отдельных норм речь шла о пересмотре связанных со свободой информации, с целью уважения свободы и плюрализма средств массовой информации.

Таким образом, правовые акты в сфере телекоммуникаций и аудиовизуальных медиа-услуг направлены на создание нормативно-правовой базы, соответствующей цифровой эпохе. Цифровые услуги значительно эволюционировали за последние 20 лет, поскольку появилось много новых. Ландшафт цифровых услуг продолжает быстро развиваться и меняться вместе с технологическими преобразованиями и растущей доступностью инноваций.

Если обратиться к документам Комиссии о процедурах, связанных с нарушениями государствами-членами обязательств в связи с включением принятых правовых актов в сферах телекоммуникаций (Кодекс об электронных коммуникациях) и аудиовизуальных медиа-услуг (изменения в Директиве об аудиовизуальных медиа-услугах) в национальные законодательства, то с последней дело обстоит намного лучше. Возможно, это связано с тем, что речь шла об изменениях в действующем правовом акте, а не о принятии но-

вого. В любом случае почти через год после того, как эти директивы должны были быть включены в национальные законодательства, почти все страны выполнили свои обязательства.

Сфера телекоммуникаций и аудиовизуальных медиа-услуг выступают предметом для совершенствования правового регулирования ЕС и после срока, на который была рассчитана Стратегия. За последние несколько лет были приняты новые акты в форме как директив, так и регламентов или пересмотрены уже действующие правовые акты. Эти акты вторичного права представляют собой инструменты разной степени сближения законодательств. Следует подчеркнуть принятие целого ряда рекомендательных актов Комиссии как программного характера, так и отчетов по соблюдению права ЕС. Для повышения эффективности правового регулирования в сфере телекоммуникаций и аудиовизуальных медиа-услуг созданы консультационные и контролирующие органы. Также не следует забывать о полномочии Комиссии по контролю за соблюдением права ЕС, включая контроль за своевременным и должным включением правовых актов институтов ЕС в законодательства государств-членов, что приносит положительные результаты. Многие из запланированного Комиссией в Стратегии выполнены, однако не все цели достигнуты, и Комиссия продолжает устранение пробелов в правовом регулировании.

Институты ЕС в короткие сроки способны предпринимать целый комплекс логичных, взаимосвязанных, скорее всего своевременных, чрезвычайно необходимых и оправданных мер усовершенствования правового регулирования внутреннего рынка, создавая единый цифровой рынок как ответ на ряд вызовов, с которыми сталкивается и весь мир, и ЕС в частности. Хотя, конечно, только в процессе применения правовых актов можно будет уверенно оценивать достижение поставленных ЕС целей.



### **Список источников**

1. Велихова Е.Я. Правовое регулирование оказания услуг в сфере телекоммуникаций (на примере законодательства Европейского союза и Российской Федерации): автореф. дис... к.ю.н. М, 2016. 21 с.
2. Исполинов А.С. Прецедент в практике Суда Европейского союза // Международное правосудие. 2016. № 3. С. 64–77.
3. Кашкин С.Ю. (отв. ред.) Интеграционное правосудие: сущность и перспективы. М.: Норма, 2019. 112 с.
4. Моисеев А.А. Надгосударственность в современном международном праве. М.: Научная книга. 2007. 287 с.
5. Пилипенко А.Н. Франция: к цифровой демократии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. Т. 14. № 4. С. 185–207.

6. Попова И.М. Механизмы влияния ЕС на международное регулирование цифровой экономики // Вестник международных организаций. 2021. Т. 16. № 3. С. 256–272.
7. Ревенко Н.С. Европейский союз на пути к единому цифровому рынку // Мир новой экономики. 2016. № 2. С. 6–14.
8. Талапина Э.В. Цифровая трансформация во Франции: правовые новеллы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. Т.14. № 4. С. 164–184.
9. Шишлов А.А. Международно-правовое регулирование электронной связи в Европейском Союзе: автореф. дис. ...к.ю.н. М., 2011. 26 с.
10. Энтин К.В. Право Европейского союза и практика Суда Европейского союза. М.: Норма, 2015. 240 с.
11. Юмашев Ю.М. Экономическое право Европейского союза. М.: Норма, 2015. 382 с.
12. Boutayeb C. Droit matériel de l'Union Européenne. Libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur publique. 4<sup>e</sup> édition. LDGJ : Lextenso, 2017, 578 p.
13. Craig P., de Búrca G. EU Law. Text, cases and materials. Oxford: University Press, 1998, 1152 p.
14. Dony M. Droit de l'Union Européenne. Troisième édition revue et augmentée. Bruxelles: Université, 2008, 2010, 763 p.
15. Nikolaidis K., Schmidt S. Mutual recognition “on trial”: the long road to services liberalization. *Journal of European Public Policy*, 2007, no. 5, pp. 717–734.
16. Tridimas T. Precedent and the Court of Justice: A jurisprudence of doubt? In: *Philosophical foundations of European Union law*. J. Dickson, P. Eleftheriadis (eds.). Oxford: University Press, 2012, pp. 307–330.



## References

1. Boutayeb C. (2017) *Droit matériel de l'Union Européenne. Libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur publique*. LDGJ : Lextenso, 578 p.
2. Craig P., de Búrca G. (1998) *EU Law. Text, cases and materials*. Oxford : University Press, 1152 p.
3. Dony M. (2010) *Droit de l'Union Européenne*. Bruxelles: Université, 763 p.
4. Entin K.V. (2015) *The law of the European Union and the practice of the Court of Justice of the European Union*. Moscow: Norma, 240 p. (in Russ.)
5. Ispolinov A.S. (2016) Precedent in the practice of the Court of Justice of the European Union. *Mezhdunarodnoe pravosudie=International Justice*, no. 3, pp. 64–77 (in Russ.)
6. Kashkin S.Y. (ed.) (2014) *Integration justice: essence and prospects*. Moscow: Norma, 112 p. (in Russ.)
7. Moiseev A.A. (2007) *Supranationality in modern international law*. Moscow: Nauchnaya kniga, 287 p. (in Russ.)
8. Nikolaidis K., Schmidt S. (2007) Mutual recognition “on trial”: the long road to services liberalization. *Journal of European Public Policy*, no. 14 (5), pp. 717–734.
9. Pilipenko A.N. (2019) France: towards digital democracy. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki=Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 12, no. 4, pp. 185–207 (in Russ.)
10. Popova I.M. (2021) Mechanisms of the EU's influence on the international regulation of the digital economy. *Vestnik mezhdunarodnyh organizatsiy=Bulletin of International Organizations*, т. 16, no. 3, pp. 256–272 (in Russ.)

11. Revenko N.S. (2016) The European Union on its way to a single digital market. *Mir novoy ekonomiki*=World of the New Economy, no. 2, pp. 6–14 (in Russ.)
  12. Shishlov A.A. (2011) International legal regulation of electronic communications in the European Union. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 26 p. (in Russ.)
  13. Talapina E.V. (2019) Digital transformation in France: legal innovations. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 12, no. 4, pp. 164–184 (in Russ.)
  14. Tridimas T. (2012) Precedent and the Court of Justice: A jurisprudence of doubt? In: Philosophical foundations of European Union Law. J. Dickson, P. Eleftheriadis (eds). Oxford: University Press, pp. 307–330.
  15. Velikhova E.Ya. (2016) Legal regulation of the provision of telecommunications services (on the example of the legislation of the European Union and the Russian Federation). abstract. diss. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow. 21 p. (in Russ.)
  16. Yumashev Y.M. (2015) *Economic law of the European Union*. Moscow: Norma, 382 p. (in Russ.)
- 

**Информация об авторе:**

Е.В. Постникова — кандидат юридических наук, доцент.

**Information about the author:**

E.V. Postnikova — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 12.07.2022; одобрена после рецензирования 23.09.2022; принята к публикации 28.10.2022.

The article was submitted to the editorial office 12.07.2022; approved after reviewing 23.09.2022; accepted for publication . 28.10..2022.

Научная статья

УДК 340.130.568

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.210.235

# Договор международного займа с участием публичных субъектов: юрисдикционные иммунитеты и особенности коллизионного регулирования



**Михаил Вячеславович Ратушный**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 101000 Россия, Москва, Мясницкая, 3, mvratushnyy@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9181-8390>



## Аннотация

Работа посвящена анализу юрисдикционных иммунитетов публичных субъектов, участвующих в трансграничных заемных правоотношениях, а также специальному коллизионно-правовому режиму договора международного займа с участием таких субъектов. Рассматриваемый договор представляет собой конструкцию *sui generis*, что обусловлено его специфическим субъектным составом. Автор делает следующие выводы. Договор займа, заключаемый публичным субъектом (заемщиком) с иностранным частным лицом (займодавцем), следует признавать в качестве *acta jure gestionis* вне зависимости от социально-экономической цели, преследуемой заемщиком, поскольку первоочередное значение имеет характер действий публичного субъекта — реализовывал ли он, заключая и исполняя соответствующий договор, свои властные полномочия или выступал наравне с иными участниками гражданских правоотношений. В отношении договоров международного займа с участием публичных субъектов действует специальный коллизионно-правовой режим, отличный от существующего для гражданско-правовых договоров, лишенных подобного участия. В частности, это проявляется в существовании коллизионного иммунитета публичных субъектов в договорных отношениях. Автор выделяет две основные разновидности доктрины коллизионного иммунитета («жесткая» и «мягкая» формы), а также указывает на недопустимость безусловного подчинения договора займа праву государства-заемщика. Такой иммунитет следует считать «правовым атавизмом», поскольку он не способствует регулированию соответствующих отношений с учетом общепризнанных частнопра-

новых принципов равенства и автономии воли, фактически ставя публичный субъект в привилегированное положение по сравнению с иными участниками гражданского оборота. Наконец, стороны исследуемого договора в целом обладают более широким усмотрением в вопросе выбора применимого права, поэтому могут структурировать договорные отношения таким образом, чтобы обеспечить баланс интересов и исключить возможность злоупотреблений со стороны друг друга. При этом использование *lex mercatoria* в качестве права, применимого к такому договору, является предпочтительным, поскольку *lex mercatoria* представляет собой упорядоченный, общедоступный и универсальный инструмент правового регулирования общественных отношений, освоенный иностранным элементом, и отвечает интересам обеих сторон.

---



### **Ключевые слова**

международное частное право, коллизионное право, договор международного займа, юрисдикционные иммунитеты, коллизионные иммунитеты.

---

**Для цитирования:** Ратушный М.В. Договор международного займа с участием публичных субъектов: юрисдикционные иммунитеты и особенности коллизионного регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 15. № 4. С. 210–235. DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.210.235.

*Research article*

## **International Loan Agreement with Public Subjects Participation: Jurisdictional Immunities and Peculiarities of Conflict-of-Laws Regulation**



**Mikhail V. Ratushnyy**

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia, mratushnyj@hse.ru, mvratushnyy@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9181-8390>



### **Abstract**

The article is dedicated to the analysis of jurisdictional immunities of public subjects being parties to private cross-border legal relations as well as special conflict-of-laws regime of international loan agreement in which such subjects participate. The author states that the agreement in question is of *sui generis* nature due to peculiarity of its parties and make the following conclusions. First, it is argued that any loan agreement concluded between public subjects (borrowers) and foreign private persons (lenders) is to be considered *acta jure gestionis* irrespective of socio-economic goals pursued by borrowers. It means that primary consideration should be given to public subject's concrete actions as a party to the agreement, i.e. whether the borrower exercises its sovereign powers or acts in private capacity in the course of agreement's conclusion and performance. Second, the author contends that there is a special conflict-of-laws regime in regard to international loan agreement with participation

of public subjects that is different from the one inherent in contracts with no such participation. In particular, this difference is manifested in the existence of public subjects' conflict-of-laws immunity in contractual relations. Two main types of conflict-of-laws immunity doctrine ("hard" and "soft" versions) are introduced by the author. It is highlighted that no international loan agreement with participation of public subjects should be governed by borrower's own law by default since conflict-of-laws immunity of public subjects is considered a "legal atavism" and puts public subjects in a privileged position as compared to private persons and, consequently, contravenes commonly acknowledged principles of private law — equality and party autonomy. Finally, broader discretion to choose applicable law is vested in parties to the agreement in question allowing them to structure their contractual relations in a manner providing balance of interests and precluding the possibility of either party's misconduct. It is further suggested that *lex mercatoria* should be used as law applicable to international loan agreement with participation of public subjects because *lex mercatoria* is a structured, publicly accessible and universal tool for legal regulation of private cross-border relations.

### Keywords

private international law; conflict of laws; international loan agreement; jurisdictional immunities; conflict-of-laws immunities.

**For citation:** Ratushnyy M.V. (2022) International Loan Agreement with Public Subjects Participation: Jurisdictional Immunities and Peculiarities of Conflict-of Laws Regulation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 210–235 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.210.235.

## Введение

Актуальность темы исследования обусловлена тем, что, во-первых, в эпоху глобализации, транснационального развития рыночных отношений и становления международного гражданского оборота, не ограниченного территориями какого-либо государства, договор займа, осложненный иностранным элементом, приобретает существенное значение как для обычных участников гражданских правоотношений (например, при необходимости финансировать крупные проекты, когда национальные банки не обладают денежными средствами или нормативно ограничены в совершении соответствующих операций), так и в отдельных случаях для государств (в частности, денежные средства, предоставленные иностранным займодавцем, могут рассматриваться как иностранные инвестиции в национальную экономику).

Во-вторых, в договоре займа (как внутригосударственного, так и международного) заемщиком нередко выступает публичный субъект<sup>1</sup>, чей статус

---

<sup>1</sup> На практике наиболее активными заемщиками в частноправовом смысле выступают государства, поэтому под публичными субъектами в настоящей работе будут пониматься именно они, что, безусловно, не исключает участия международных межправительственных организаций и государствовподобных образований в заемных правоотношениях с частными

значительно усложняет правовую регламентацию соответствующих договорных отношений и создает проблемы практического характера (например, невозможность принудительного исполнения решения, вынесенного против публичного субъекта).

Разумеется, привлечение государствами или иными публичными субъектами частного капитала с использованием гражданско-правовых конструкций не является принципиально новым явлением (в частности, первая эмиссия облигаций государственного займа состоялась в XVI веке [Corelli A., 2016: 138]). Однако ряд факторов способствовал их более активному вовлечению в заемные правоотношения частного характера: появление современных информационных технологий (например, введение опосредованного учета бездокументарных ценных бумаг), безналичных денежных средств как принципиально нового объекта гражданских прав, института профессиональных участников рынка ценных бумаг, а также развитие нормативной составляющей международного частного права (в особенности отказ от доктрины абсолютного иммунитета и переход к доктрине функционального иммунитета с ее последующим закреплением в международных договорах и национальных законодательствах). Сейчас публичные субъекты могут участвовать в заемных обязательствах с иностранными лицами среди прочего путем международной эмиссии собственных облигаций с обращением таких облигаций на иностранных биржах и небиржевых торговых площадках (системах).

Из вышеизложенного следует, что ныне публичные субъекты активно вступают в гражданско-правовые отношения с иностранными физическими и юридическими лицами, однако их особый статус, не свойственный «классическим» субъектам гражданских правоотношений, позволяет рассматривать осложненные иностранным элементом договоры с участием публичных субъектов как конструкции *sui generis*.

Настоящая работа посвящена исследованию одного из видов таких договоров (договора займа), поскольку в сфере международного частного права (далее — МЧП) именно договор займа наиболее востребован и привлекателен для публичных субъектов, вынуждая их вступать в «чуждые» им частноправовые отношения. Будут рассмотрены основные черты, характеризующие участие публичных субъектов в частноправовых отношениях на примере договора международного займа, — юрисдикционные иммунитеты и отдельные особенности коллизионно-правового регулирования таких отношений (вопросы коллизионного иммунитета публичных субъектов и пределы автономии воли сторон при выборе права).

---

лицами. В то же время многие международные межправительственные организации часто выступают в качестве займодавцев для иных публичных субъектов, однако возникающие между ними отношения не относятся к предмету международного частного права.

## 1. Юрисдикционные иммунитеты: проблема квалификации действий заемщика как *acta jure gestionis*

Традиционно государство выступает участником в правоотношениях в двух ипостасях — действуя *jure imperii* (как суверенное образование) или *jure gestionis* (как обычный участник гражданских правоотношений). В первом случае государство прямо реализует свои суверенные функции и полномочия, не отказывается от иммунитетов, производных от его статуса, и не становится в один ряд с другими участниками гражданского оборота. Как правило, отношения такого порядка возникают между государством и иными публично-правовыми субъектами: в частности, получая кредит Международного валютного фонда (специализированное учреждение ООН и обладающая самостоятельной правосубъектностью международная неправительственная организация), государство участвует не в частноправовых, а в международно-правовых отношениях и потому действует *jure imperii*. Поскольку заемные правоотношения данного вида не входят в предмет МЧП (сторонами выступают исключительно публичные субъекты, отношения которых носят международно-правовой характер), они в настоящей работе не рассматриваются.

Вышеуказанное деление имеет важное практическое значение, поскольку определяет не только саму возможность государства участвовать в договорных правоотношениях наравне с обычными участниками гражданского оборота (и, как следствие, источники и способы регулирования соответствующих правоотношений), но и гражданско-правовые последствия такого участия (например, при возникновении споров между сторонами договора или необходимости привлечения публичного субъекта к ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств). В частности, особенностью участия публичного субъекта в частноправовых отношениях является его «невосприимчивость» к юрисдикции иностранных судов и арбитражей — юрисдикционный иммунитет.

Полагаем, что юрисдикционный иммунитет государств следует рассматривать как проявление международно-правового принципа суверенного равенства государств<sup>2</sup> (*par in parem non habet imperium*<sup>3</sup>), что в контексте МЧП означает невозможность какого-либо государства рассматривать дела с участием другого государства (судебный иммунитет), принимать обеспечительные меры против него (иммунитет в отношении мер по обеспечению

<sup>2</sup> Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations // Audiovisual Library of International Law. Available at: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)) (дата обращения: 06.11.2021)

<sup>3</sup> «Равный над равным власти не имеет» (лат.).

иска) или приводить в исполнение решение, вынесенное против такого иностранного государства (иммунитет в отношении исполнения решения суда). Стоит отметить, что в соответствии с законами ряда государств — например, с ч. 6 ст. 6 Федерального закона «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации»; далее — ФЗ от 03.11.2015 №297-ФЗ «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства»<sup>4</sup> и с международными договорами (ст. 20 Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности; 2004; далее — Конвенция ООН)<sup>5</sup> отказ государства от конкретного вида иммунитетов не должен рассматриваться как отказ от остальных видов.

Однако существует и обратный подход, нашедший отражение в судебной практике в отсутствие прямого законодательного волеизъявления на этот счет: так, в деле *Ipitrade International, S.A. v. Federal Republic of Nigeria* Федеральный окружной суд США пришел к выводу, что заключение Нигерией арбитражного соглашения (отказ от судебного иммунитета) одновременно является отказом и от иммунитета в отношении исполнения арбитражного решения; такой отказ имел подразумеваемый характер (*implicit waiver*) и вытекал из конклюдентных действий государства<sup>6</sup>. Данное решение американского правоприменителя направлено на защиту интересов частных лиц в отношениях с публичными субъектами и недопущение недобросовестности со стороны последних, что, на наш взгляд, в большей степени отвечает интересам международной торговли и стабильности гражданского оборота, гарантирует защиту прав частных лиц и способствует росту уровня инвестиций в национальные экономики.

В настоящее время концепция абсолютного иммунитета, согласно которой государство пользуется иммунитетом в отношении любой, в том числе частноправовой деятельности утратила актуальность, уступив место концепции функционального иммунитета, признающей иммунитет иностранных государств исключительно в связи с осуществлением ими *acta jure imperii*<sup>7</sup>. Следовательно, действия государства коммерческого характера, заключение соответствующих гражданско-правовых договоров или осуществление иной экономической деятельности, не связанной с суверенным ста-

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2015. № 45. Ст. 6198.

<sup>5</sup> United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property // United Nations Treaty Collection. Available at: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=III-13&chapter=3&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en) (дата обращения: 06.11.2021)

<sup>6</sup> *IPITRADE INTERN. v. Federal Republic of Nigeria*, 465 F. Supp. 824 (D.D.C. 1978) // JUSTIA US Law. Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/465/824/1420686/> (дата обращения: 06.11.2021)

<sup>7</sup> В связи с принятием вышеуказанного закона Российская Федерация в настоящее время также придерживается концепции функционального иммунитета.

тусом государства, — все это образует *acta jure gestionis* и ставит государство на один уровень с обычными участниками гражданского оборота, не пользующимися юрисдикционными иммунитетам. Как следствие, действуя *jure gestionis*, государство фактически утрачивает право реализовывать некоторые свойственные ему публично-правовые функции в рамках гражданско-правовых отношений с частными лицами, чтобы не ущемлять их прав и законных интересов: по меткому выражению американских авторов, «когда суверен спускается на рынок, к суверену должны относиться так же, как к частному торговцу» [Фолсом Р., Гордон М., Спангол Дж., 1996: 385].

Несмотря на кажущуюся простоту разграничения *acta jure imperii* и *acta jure gestionis* (осуществление суверенных полномочий или коммерческая деятельность), зачастую на практике нелегко квалифицировать сделку, совершенную государством, и решить вопрос о наличии или отсутствии у него иммунитета. В частности, применительно к заемным отношениям с участием государства встает вопрос, является ли цель получения денежных средств конституирующим признаком характера таких отношений. Например, действует ли государство *jure imperii*, привлекая денежные средства для определенных публичных нужд — финансирования дефицита бюджета, погашения долговых обязательств государства и прочего финансового обеспечения его резервов и фондов? Полагаем, что ответ должен быть отрицательным, если государство не получало денежных средств посредством одностороннего императивного волеизъявления, а заключало соответствующие гражданско-правовые договоры с физическими и юридическими лицами и не реализовывало в процессе суверенные полномочия.

Решая вопрос о характере действий государства, суд или арбитраж должен принимать во внимание не цель, а характер таких действий, поскольку государство преследует цели публичного характера *per se*, но использует при этом различный инструментарий (как публично-, так и частноправовой). И.А. Покровский справедливо отмечал: «Разве не интересы государства как целого преследует государственное управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество? И тем не менее, такой контракт, бесспорно, принадлежит к области права частного, а не публичного» [Покровский И.А., 2016: 42]. Таким образом, по нашему мнению, для участников гражданского оборота не должно иметь значения, для чего государство занимает у них деньги (на строительство медицинских учреждений или торгово-развлекательного центра), поскольку их главный интерес заключается в возврате заемщиком долга, а также выплате причитающихся им процентов и возможности получения судебной защиты в случае неисполнения государством своих обязательств.

Следует отметить, что позиция российского законодателя: при квалификации действий иностранного государства учитывать и цель, и характер та-

ких действий (ч. 4 ст. 7 ФЗ «О юрисдикционных иммунитетах»), выглядит не бесспорной и не способствующей ни стабильности гражданского оборота, ни заинтересованности частных лиц вступать в договорные отношения с публичными субъектами, поскольку ставит реализацию прав и законных интересов одной стороны сделки в зависимость от одностороннего волеизъявления другой стороны, а цель конкретной сделки определяется публичным субъектом и зачастую может быть не известна контрагенту.

Несколько иной подход предлагает Конвенция ООН (однако на данный момент она не вступила в силу). Так, согласно п. 2 Конвенции характер сделки является основным критерием для признания последней в качестве коммерческой, что, однако, не исключает субсидиарного обращения к цели совершения такой сделки при определенных условиях. Во-первых, это возможно, если стороны соответствующей сделки договорились об этом. Полагаем, что данная формулировка может привести к спорам между сторонами — можно ли, например, толковать условие о целевом характере займа как подразумеваемое согласие сторон на использование целевого критерия. Во-вторых, целевой критерий применим, если в соответствии с практикой государства суда цель имеет отношение к определению некоммерческого характера сделки, совершенной государством. На наш взгляд, подобная свобода усмотрения государств-участников Конвенции ООН фактически обременяет стороны таких сделок (преимущественно частных лиц, не заинтересованных в квалификации действий государств как *jure imperii*) дополнительными обязательствами по соответствующему анализу судебной практики всех юрисдикций, в которых потенциально может иметь место судебное разбирательство с государством или исполнение вынесенного против него решения.

Более того, применение целевого критерия означает отождествление социально-экономической цели сделки, совершаемой государством, с ее правовым основанием (*causa*), что противоречит природе гражданско-правовой сделки и приводит к абсурдным выводам: либо субъективная цель сторон сделки определяет правовую действительность последней (хотя «недостижение *causa* сделки дает при известных условиях право оспорить сделку, тогда как достижение цели, служившей побудительным мотивом ко вступлению в сделку, по общему правилу, не оказывает никакого влияния на нее» [Гримм Д.Д., 2003: 150–151]), либо государство заключает особые сделки, не известные гражданскому праву, что противоречит принципу участия государства в частноправовых отношениях наравне с иными субъектами гражданского права, закрепленному, например, в российском праве в п. 1 ст. 124 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>8</sup> (далее — ГК РФ).

<sup>8</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 (в ред. от 08.12.2020) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

Более корректный подход закреплен в § 1603(e) Закона США «Об иммунитете иностранных государств», где сказано, что существо коммерческой деятельности государство должно быть раскрыто через ее природу, а не цель<sup>9</sup>. Кроме того, позиция относительно примата характера действий над целью их совершения также нашла отражение в практике различных судов: например, в делах *Kingdom of Greece v. Julius Bär & Co.* и *Greek Republic v. Walder* Федеральный суд Швейцарии указал, что осуществление государством публичных займов есть *acta jure gestionis* [Lauterpacht Н., 1989: 195–196, 200]. В другом деле<sup>10</sup>, рассмотренном Судом ЕС, был сделан вывод, что размещение государственных облигаций, как правило, входит в предмет частного права и подлежит квалификации как *acta jure gestionis*.

В то же время Суд ЕС отметил, что данная презумпция не абсолютна и может быть опровергнута, когда доказано, что размещение явно выходит за пределы вопросов гражданского или коммерческого права. В частности, необходимо установить, характеризуются ли правоотношения, возникшие между заемщиком и займодавцами, явным осуществлением публичных полномочий со стороны государства, выходят ли действия государства за рамки допустимых правовыми нормами для частных лиц. Если государство в одностороннем и императивном порядке меняет ставки процента по облигациям, определяет срок и порядок возврата долга и причитающихся платежей и так далее, то оно действует *jure imperii*, а заемные отношения приобретают публично-правовой характер и не могут регулироваться гражданско-правовыми механизмами.

Вышеизложенные нами доводы также косвенно подтверждаются путем обращения к доктрине гражданского права: И.А. Покровский, рассуждая о различии между системами публичного права (*jus publicum*) и частного права (*jus privatum/jus civile*), приходил к выводу, что оно кроется в способах или приемах воздействия на общественные отношения [Покровский И.А., 2016: 42]. Так, для публичного права характерна так называемая «юридическая централизация», при которой государство регулирует конкретные отношения императивно, безусловно и принудительно, зачастую определяя содержание прав и обязанностей третьих лиц.

Частному праву, напротив, подобная интервенция не свойственна, а субъекты частноправовых отношений автономны и свободны при приня-

---

<sup>9</sup> 28 U.S. Code § 1603. Definitions // Legal Information Institute. Available at: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1603> (дата обращения: 06.11.2021)

<sup>10</sup> Stefan Fahrenbrock (C-226/13), Holger Priestoph (C-245/13), Matteo Antonio Priestoph (C-245/13), Pia Antonia Priestoph (C-245/13), Rudolf Reznicek (C-247/13), Hans-Jürgen KICKLER (C-578/13), Walther Wöhlk (C-578/13), Zahnärztekammer Schleswig-Holstein Versorgungswerk v. Hellenische Republic (C-578/13) // EUR-Lex. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CJ0226&from=LT> (дата обращения: 06.11.2021)

тии юридически значимых решений (например, при заключении договора займа и определении его условий). «Если публичное право есть система субординации, то гражданское право есть система координации; если первое есть область власти и подчинения, то второе есть область свободы и частной инициативы» [Покровский И.А., 2016: 44]. Вероятно, данный тезис в равной степени применим к разграничению *acta jure imperii* и *acta jure gestionis*, поскольку, как отмечено, государство, вступая в частноправовые отношения, утрачивает суверенную власть над остальными участниками таких отношений и поэтому вынуждено действовать наравне с ними.

Говоря о пределах действия юрисдикционных иммунитетов, мы полагаем, что государство, выступая в качестве заемщика в гражданско-правовом договоре займа, выступает как обычный участник гражданских правоотношений (*jure gestionis*), независимо от социально-экономической цели заключения данного договора, и «не должно использовать свои властные прерогативы для того, чтобы произвольно менять в своих интересах гражданско-правовые нормы или навязывать контрагентам свою волю в конкретных правоотношениях, иначе рыночный (имущественный) оборот не сможет нормально функционировать, а необходимая ему частноправовая форма будет разрушена» [Суханов Е.А., 2019: 322].

Как следствие, допустим вывод, что в рамках доктрины функционального иммунитета государство лишается права ссылаться на юрисдикционные иммунитеты при условии осуществления им *acta jure gestionis*, т.е. действий коммерческого характера. При этом при квалификации конкретных действий государства необходимо учитывать их характер, а не цель совершения, поскольку осуществление публичных функций является имманентным свойством любого государства, вытекающим из его природы. Именно это позволяет прийти к заключению о том, что все гражданско-правовые сделки, совершаемые государством, так или иначе должны служить достижению каких-либо публичных целей.

## **2. Коллизионный иммунитет публичного субъекта в международных заемных правоотношениях**

Другая особенность участия публичных субъектов в заемных правоотношениях, осложненных иностранным элементом, связана с доктриной коллизионного иммунитета. Она заключается в том, что соответствующий субъект (прежде всего государство), вступая в частноправовые отношения, по умолчанию «подчиняет» такие отношения собственному внутреннему праву. При этом, на наш взгляд, целесообразно говорить о двух основных формах коллизионного иммунитета — «жесткой» и «мягкой». «Жесткий» коллизионный иммунитет в принципе исключает постановку коллизионного

вопроса при определении статута договора, в котором участвует публичный субъект. Подобный подход создает явный диспаритет в отношениях сторон, поскольку нарушается важнейший принцип международного частного права — *lex voluntatis* (принцип автономии воли сторон).

«Жесткий» коллизийный иммунитет свойственен преимущественно странам Латинской Америки вследствие распространенности там доктрины Кальво<sup>11</sup>, которая постулирует невозможность отказа государства от своего суверенитета в самом широком смысле. Развивая эту идею, указанные страны стали добавлять в заключаемые ими договоры займа с частными лицами соответствующую оговорку, получившую в дальнейшем название «оговорки Кальво». Согласно этой оговорке применимым к договору материальным правом является право государства-заемщика, устанавливается договорная подсудность в судах государства-заемщика, а займодавец отказывается от каких-либо иных средств правовой защиты, в том числе в судах своего государства [Шамраев А.В., 2010: 18–19].

На наш взгляд, безальтернативное подчинение соответствующего отношения правовой системе, содержание которой определяется волей одной из сторон договора, имеет негативный эффект для обеих сторон договора займа: для частного лица существуют серьезные риски неполучения им правовой защиты в случае нарушения обязательств контрагентом, а публичный субъект теряет общую «привлекательность» как заемщик. Кроме того, полагаем, что применимый национальный правопорядок не всегда вовремя реагирует на экономические изменения и тем самым не предоставляет участникам гражданского оборота адекватные инструменты урегулирования возникающих между ними правоотношений.

К примеру, до 2018 г. договор займа по российскому праву считался заключенным исключительно в момент передачи займодавцем предмета договора займа (реальная сделка). Подобный подход законодателя значительно ограничивал возможности участников гражданского оборота по использованию механизмов долгосрочного финансирования, для которых возникновение прав и обязанностей сторон должно быть связано с моментом достижения ими соглашения по всем существенным условиям договора (консенсуальная сделка). Поэтому финансирование по принципу «кредитная линия» (“loan facility”) было возможно только путем заключения соответствующего кредитного договора, что фактически ставило банки и небанковские депозитно-кредитные организации в преимущественное положение по сравнению с юридическими лицами, не имевшими лицензий на кредитование. Аналогичная ситуация существовала и сфере синдицированного кредитования до

---

<sup>11</sup> Доктрина названа в честь аргентинского дипломата и юриста-международника К. Кальво.

принятия в 2017 г. Федерального закона «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>12</sup>: банки и небанковские депозитно-кредитные организации были вынуждены отказывать потенциальным заемщикам в крупных кредитах, поскольку иное могло бы повлечь нарушение кредиторами обязательных нормативов, установленных Центральным банком.

Что касается «мягкого» коллизионного иммунитета, то он традиционно встречается в международных договорах и обычаях как диспозитивная норма и, соответственно, может быть полностью исключен по соглашению сторон. Так, § 1 ст. 42 Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (1965) при определении договорного статута закрепляет *lex voluntatis* в качестве генеральной коллизионной привязки, а право государства, которое является соответствующей стороной договора и инвестиционного спора, — в качестве субсидиарной<sup>13</sup>. Кроме того, статус коллизионного иммунитета как международного обычая нашел подтверждение в Решении Постоянной палаты международного правосудия по делу 12.07.1929 о выплате сербских займов, размещенных во Франции. Как отметили судьи, нельзя презюмировать, что государство подчинило предмет и действительность своих обязательств иному праву, нежели собственному, что, однако, не лишает стороны договора возможности выбрать право другого государства в качестве применимого как в части, так и полностью<sup>14</sup>.

Примечательно, что многие национальные суды отказались следовать предложенному Постоянной палатой международного правосудия подходу, доказывая, что в частноправовых отношениях государство не должно иметь преференций перед иными участниками гражданского оборота. Это, например, было продемонстрировано в *Rex v. International Trustee for the Protection of Bondholders A.G.* В указанном деле Палата лордов британского Парламента постановила, что долларовые облигации, выпущенные в Нью-Йорке правительством Соединенного Королевства, были подчинены соответствующему законодательному акту США, в соответствии с которым «золотые оговорки» недопустимы [Sommers D., Broches A., Delaume G., 1956: 471].

<sup>12</sup> Федеральный закон от 31.12.2017 № 486-ФЗ (ред. от 22.12.2020) «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018 г. № 1 (ч. 1). Ст. 70.

<sup>13</sup> Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. Available at: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf> (дата обращения: 06.11.2021)

<sup>14</sup> Permanent Court of International Justice. Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France. Available at: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12\\_payment1.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment1.htm) (дата обращения: 06.11.2021)

Иными словами, суды, за исключением стран Латинской Америки, решая коллизионный вопрос при рассмотрении споров между государствами как заемщиками и частными лицами как займодавцами, обращались к тем коллизионным нормам, которые применялись ими в аналогичных спорах, но без участия публичных субъектов: например, *lex loci contractus* и *lex loci solutionis* в *Hartmann v. United States*, подразумеваемый сторонами договора займа *lex monetae* в *Bonython v. The Commonwealth of Australia*, *lex causae* договора займа, по которому иностранное государство выступает гарантом, в *Trésor Public et. Soc. Royal Bank of Canada v. Schumann* и т.д. [Sommers D., Broches A., Delaume G., 1956: 471].

Исключение применения «мягкого» коллизионного иммунитета возможно как путем выбора правопорядка в качестве применимого (условно обозначим его как «конкретно определенный отказ»), так и путем закрепления в договоре займа условия о том, что государство не обладает коллизионным иммунитетом в рамках такого договора с частным лицом («абстрактно определенный отказ»). При этом в последнем случае компетентный юрисдикционный орган должен будет обратиться к соответствующим коллизионным нормам для решения вопроса, какое право подлежит применению к договору займа, что может повлечь негативные для сторон последствия в виде правовой неопределенности и потенциальных судебных споров. Стоит отметить, что Россия стоит на позиции непризнания коллизионного иммунитета государства, участвующего в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом (ст. 1204 ГК РФ<sup>15</sup>), что в связи с вышеизложенным является положительной чертой российского международного частного права.

Следовательно, по нашему мнению, коллизионный иммунитет публичных субъектов в договорных отношениях является «правовым атавизмом» и не способствует их регулированию с учетом общепризнанных частноправовых принципов равенства и автономии воли, поскольку ставит публичный субъект в привилегированное положение по сравнению с иными участниками гражданского оборота. Говоря о государственном коллизионном иммунитете, необходимо признать, что, хотя «мягкая» форма коллизионного иммунитета частично решает данную проблему, давая займодавцам с сильной переговорной позицией возможность выбрать применимое право, частным лицам все еще необходимо проявлять особую осторожность, вступая в заемные правоотношения с государствами. Мы рекомендуем займодавцам настаивать на фиксации в договорах положений о применимом праве, а также о безусловном отказе заемщика от коллизионного иммунитета.

---

<sup>15</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 (в ред. от 18.03.2019) // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

### **3. Пределы автономии воли сторон при определении права, применимого к договору международного займа с участием публичных субъектов**

После решения вопроса о возможности подчинить договор международного займа с участием государства иностранному по отношению к такому государству праву, необходимо исследовать пределы автономии воли сторон при выборе применимого права. Это важно по нескольким причинам.

Во-первых, поскольку участие публичных субъектов в частноправовых отношениях по определению имеет экстраординарный характер, соответствующие отношения обладают спецификой, расширяющей традиционно дозволенные для частных лиц пределы автономии воли при определении применимого права. Подобное обстоятельство фактически создает параллельные режимы коллизивно-правового регулирования: для правоотношений с участием публичных субъектов и для правоотношений без такового.

Во-вторых, как отмечалось выше, национальные правопорядки не всегда предлагают участникам гражданского оборота эффективные механизмы правового регулирования общественных отношений. Как следствие, заинтересованные лица вынуждены самостоятельно создавать необходимый инструментарий для этих целей либо на уровне договорных конструкций, либо в рамках международных организаций путем обобщения лучших практик в различных отраслях экономики и создания *lex mercatoria*<sup>16</sup>.

Кроме того, нежелание выбирать национальное право для урегулирования договорных отношений и повышенный интерес к *lex mercatoria* характерны для сторон частноправовых соглашений с публично-правовым участием еще и потому, что государство традиционно настаивает на применении собственного права и относительно редко соглашается на выбор «нейтрального» права третьего государства, предлагаемого частным лицом ради баланса интересов сторон и во избежание возможных злоупотреблений со стороны указанного публичного субъекта. Как следствие, при заключении договора международного займа, осложненного участием публичных субъектов, стороны стремятся придать ему полную независимость от какой-либо национальной правовой системы любыми доступными средствами, в том числе последовательно отстаивая идею, что автономию воли сторон следует рассматривать как право в объективном смысле, а договоры между частными лицами — как источники такого права.

Однако как быть в ситуации, когда созданное сторонами договора «метаправо» вступает в противоречие с предписаниями национального право-

---

<sup>16</sup> Автор не ставил цели раскрыть определение, природу или содержания *lex mercatoria*, которая рассматривается исключительно с прагматической точки зрения как система норм, к которой участники гражданского оборота вправе обратиться для урегулирования соответствующих отношений. Степень дозволенной глубины подобного обращения подробнее рассмотрена далее.

порядка, определенного компетентным судом или арбитражем в качестве применимого к такому договору? Могут ли стороны своим прямым волеизъявлением действительно исключить применение к их отношениям любого такого правопорядка, в том числе и субсидиарное, и тем самым закрепить в качестве генерального статута свободу договора (по сути, превратив частноправовой договор в своеобразный источник права, в котором исчерпывающим образом определены все нормы, регулирующие отношения сторон<sup>17</sup>) или правила *lex mercatoria*?

Следует ли суду или арбитражу при рассмотрении спора игнорировать намерения сторон, формально применив императивные нормы компетентного правопорядка, и тем самым свести категорию применимого права исключительно к праву того или иного государства, либо разрешить спор без постановки коллизионного вопроса и придать автономии воли безусловный и абсолютный характер, в том числе, возможно, и вопреки намерению законодателя, который при конструировании коллизионной нормы мог придерживаться иного подхода? Допустимо ли «замораживание» материального права (например, применение нормы в редакции на дату заключения договора) для регулирования соответствующих отношений? Что вообще есть применимое право и в какой степени автономия воли сторон при его определении допустима? Имеет ли значение, что стороной договора выступает публичный субъект?

На наш взгляд, справедлива точка зрения Постоянной палаты международного правосудия в 1929 г.: «В основе всякого договора, если только он не заключен между государствами как субъектами международного права, лежит внутреннее право какой-то страны. Вопрос о том, что это за право, формирует отрасль права, описываемую в настоящее время как международное частное право или учение о коллизии законов»<sup>18</sup>. Как иронически отмечал лорд Диплок в решении по делу *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance*, «контракты неспособны к существованию в правовом вакууме. Они — всего лишь клочки бумаги, лишённые юридической силы, если только они не были заключены в соответствии с какой-либо системой частного права, которая определяет обязательства сторон соответствующего контракта с использованием определенных форм слов»<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> В иностранной доктрине такой договор именуется *contrat sans loi* (фр.), *rechtsordnung-slos Vertrag* (нем.), *self-regulatory contract* (англ.) и дословно переводится как «контракт без права» или «саморегулируемый контракт», что подчеркивает его автономный и обособленный от какого-либо национального правопорядка характер.

<sup>18</sup> Permanent Court of International Justice. Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France. Available at: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12\\_payment1.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment1.htm) (дата обращения: 06.11.2021)

<sup>19</sup> Available at: <https://swarb.co.uk/amin-rasheed-shipping-corp-v-kuwait-insurance-co-1983/> (дата обращения: 06.11.2021)

Полагаем, что гражданско-правовой договор формально не является источником права [Суханов Е.А., 2019: 61]<sup>20</sup>, поскольку приобретает юридическую силу только в результате признания конкретным государством<sup>21</sup> и на условиях, определенных правовой системой такого государства. Из этого следует, что стороны могут выбирать применимое право постольку, поскольку это допускается соответствующим внутренним законодательством с учетом действующих международных договоров. Они не обладают статусом *legibus soluti*<sup>22</sup> и не могут регулировать собственные отношения исключительно на уровне договора без применения какого-либо национального правопорядка, если это прямо не допускается коллизионным правом. На наш взгляд, данный тезис применим и к договорам займа с участием публичных субъектов. Как отмечалось выше, государство, вступая в частноправовые отношения, утрачивает суверенный статус, не может «творить право» и является для целей коллизионного права обычным участником гражданского оборота.

Однако концепция «контракта без применимого права», наряду с *lex mercatoria* и институтом международного коммерческого арбитража, свидетельствует об устойчивом стремлении участников международного гражданского оборота к «автономизации» их правоотношений и может стать новым витком в развитии МЧП (формирование пресловутого «метакрава»). Иными словами, нельзя исключать, что в будущем максима *consensus facit jus*<sup>23</sup> приобретет буквальное значение. В то же время выглядит верным подход, при котором государственные суды и международные коммерческие арбитражи, формально не признавая возможности исключения применимого права, на практике обращаются к национальному правопорядку только когда положений договора явно недостаточно для разрешения спора или же такие положения нарушают публичный порядок, противоречат нормам непосредственного применения.

---

<sup>20</sup> В доктрине отмечается, что договоры между частными лицами в механизме гражданско-правового регулирования играют роль юридических фактов (действий), а не правовых норм, поскольку содержащиеся в таких договорах правила поведения не являются общеобязательными, а имеют значение только для конкретных правоотношений.

<sup>21</sup> Говоря о признании государством, мы имеем в виду признание его правовой системой, т.е. массивом правовых норм, который существует автономно от конкретного гражданско-правового договора, стороной которого становится государство. Следовательно, уместно говорить о «расщеплении» статуса государства, когда договор с его участием регулируется правом такого государства: государство-заемщик как субъект гражданских правоотношений и государство-суверен как законодатель. Если бы государство действовало одновременно в обоих статусах, это означало бы возможность произвола с его стороны в части одностороннего изменения материального права.

<sup>22</sup> Изъятые из-под действия законов, не связанные нормами позитивного права (лат.).

<sup>23</sup> Согласие творит право (лат.).

Например, в делах с участием публичных субъектов *National Oil Corporation v. Libyan Sun Oil Company*<sup>24</sup> и *Gujarat State Petroleum Corporation Limited, Alkor Petroo Limited, and Western Drilling Constructors Private Limited v. the Republic of Yemen and the Yemen Ministry of Oil and Minerals*<sup>25</sup>, рассмотренных Международным арбитражным судом при Международной торговой палате (далее — Арбитраж МТП), арбитры пришли к аналогичным выводам. Было отмечено, что субсидиарное обращение юрисдикционного органа к применимому материальному праву должно происходить только если содержания договора недостаточно для установления действительной воли сторон (например, применены неточные и расплывчатые формулировки), спорное положение не является автономным и потому должно быть истолковано в контексте конкретной правовой системы, а также для решения вопросов, не урегулированных сторонами на уровне договора. Такой подход является позитивной тенденцией в судебно-арбитражной практике, поскольку свидетельствует о гибкости при постановке коллизионного вопроса и в целом соответствует принципу выбора права, наиболее благоприятного для сторон (*lex benignitatis*).

Что касается содержания такой категории, как применимое право, то ряд исследователей предлагает относить к ней не только государственные правовые порядки, но и системы негосударственных правовых норм, разработанные на международном уровне и предназначенные для регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, то есть *lex mercatoria* [Lowenfeld A., 1990: 140, 142]. Поскольку степень проработанности актов *lex mercatoria* в сравнении с гражданско-правовыми договорами значительно выше, а их содержание является отражением наилучших и общепризнанных (в том числе на уровне закона<sup>26</sup>) практик в коммерческой сфере, вероятность субсидиарного обращения к какому-либо национальному правовому порядку крайне мала.

Говоря о достоинствах *lex mercatoria*, нельзя не согласиться с позицией О. Ландо: выбирая *lex mercatoria*, стороны избегают столкновения с юридическими формальностями национальных правовых систем, равно как и тех правил, которые принципиально не подходят для регулирования между-

---

<sup>24</sup> ICC Award No. 4462. Available at: <https://www.trans-lex.org/204462> (дата обращения: 06.11.2021)

<sup>25</sup> Gujarat State Petroleum Corporation Limited, Alkor Petroo Limited, and Western Drilling Constructors Private Limited v. the Republic of Yemen and the Yemen Ministry of Oil and Minerals, ICC Arbitration No. 19299/MCP. Available at: <https://www.italaw.com/cases/4209> (дата обращения: 06.11.2021)

<sup>26</sup> Напр.: ст. 31 Закона о МЧП Венесуэлы, в соответствии с которой прямо допускается применение «норм, обычаев и принципов международного торгового права, равно как общепринятых коммерческих обыкновений и практики». Available at: URL: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/0301> (дата обращения: 06.11.2021)

народных контрактов или не являются известными всем или большинству правопорядков. Более того, обе стороны договора находятся в одинаковых условиях с точки зрения содержания применимого права, поскольку для них нет ни преимуществ от использования собственного права, ни препятствий в связи с применением иностранного права [Lando O., 1985: 747–748]. Последнее замечание особенно актуально для займодавцев в лице частных субъектов, которые стремятся максимально обезопасить себя в заемных правоотношениях с публичными субъектами.

Несмотря на вышеизложенное, единства в нормативных правовых актах относительно возможности субъектов частноправовых отношений использовать *lex mercatoria* в качестве применимого права нет. Так, например, в § 13 и § 14 преамбулы Регламента ЕС «О праве, применимом к договорным обязательствам»<sup>27</sup> (далее — Регламент Рим I) сказано, что стороны могут включать негосударственное право (*non-State body of law*) в свой договор путем отсылки, и если ЕС утвердит в соответствующем правовом документе материально-правовые нормы в сфере договорного права, в таком документе может быть предусмотрено право сторон сделать выбор в пользу применения таких норм. При этом есть серьезные основания полагать, что указанные положения допускают лишь применение негосударственного права как совокупности договорных условий, «не вытесняющих» применимое право со всеми его императивными нормами.

При обращении к проекту Регламента Рим I, подготовленному Европейской комиссией, видно, что стороны договора должны были иметь возможность «выбрать в качестве применимого права принципы и правила материального договорного права, получившие признание в мире или в ЕС. Однако вопросы, относящиеся к сфере действия таких принципов или правил, которые прямо ими не урегулированы, должны регулироваться лежащими в их основе общими принципами или, если такие принципы не обнаружены, в соответствии с правом, применимым в отсутствие выбора по настоящему Регламенту» [Асосков А.В., 2017: 329–330]. Как отмечается в доктрине, данная формулировка вызвала у юридической общественности критику из-за своей расплывчатости [Leible S., 2008: 69] (например, достаточно ли признания только в ЕС, но не во всем мире?) и отсутствия четких критериев для судов государств-членов по оценке подобного признания [Briggs A., 2008: 393]. Как видно из §13 и 14 действующего Регламента Рим I, акцент был смещен в сторону унификации на уровне ЕС соответствующих материально-правовых норм, в отсутствие которой выбор *lex mercatoria* в качестве применимого права невозможен [Bonomi A., 2008: 170].

<sup>27</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593> (дата обращения: 06.11.2021)

Не вдаваясь в анализ политико-правовых оснований, стоящих за признанием или непризнанием *lex mercatoria* в качестве самостоятельной системы правовых норм, способной выполнять функцию применимого права, отметим следующее. Ввиду описанных в настоящей работе достоинств *lex mercatoria* как гибкого и оперативно реагирующего на экономические изменения инструмента правового регулирования недопустимо и необоснованно ограничение автономии воли сторон в этой части, если только выбор *lex mercatoria* не противоречит публичному порядку *lex fori*, а также нормам непосредственного применения *lex fori* или права государства, имеющего тесную связь со спорными отношениями. В первую очередь это связано с тем, что, на наш взгляд, задача МЧП заключается ныне не столько в разрешении коллизий законов и суверенитетов различных государств, сколько в поисках путей решения коллизионных проблем с учетом индивидуальных интересов участников гражданского оборота и отыскании пресловутого *lex benignitatis*, обеспечивающего устойчивость гражданского оборота, действенность правового регулирования и социально-экономического развития в целом.

Стоит отметить, что в отношении договоров с участием публичных субъектов компетентные юрисдикционные органы (особенно международные коммерческие арбитражи) в целом охотнее признают автономию воли сторон в части выбора ими *lex mercatoria* в качестве применимого права. Например, в одном из дел, рассмотренных Арбитражем МТП, был проанализирован договор между английской компанией и государственным агентством, не содержащий условия о применимом праве, но предусматривавший разрешение споров в соответствии с «правосудием на основе принципов естественного права» (*laws of natural justice*). Арбитраж МТП истолковал данную формулировку как отсылку к *lex mercatoria* и обратился для решения возникших вопросов к Принципам международных коммерческих контрактов УНИДРУА<sup>28</sup>. Кроме того, арбитры приходят к аналогичным выводам и когда контракт оказывается подчиненным «общим принципам права», «обычаям и обыкновениям международной торговли» (*usages and customs of international trade*) [Канашевский В.А., 2016: 109] или даже «международному праву»<sup>29</sup>, что в целом соответствует §3 Преамбулы Принципов УНИДРУА<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> ICC Award No. 7110. Available at: <https://www.trans-lex.org/207110> (дата обращения: 06.11.2021)

<sup>29</sup> ICC Award No. 12111. Available at: <http://www.unilex.info/principles/case/964> (дата обращения: 06.11.2021)

<sup>30</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (дата обращения: 06.11.2021)

Вероятно, данный подход можно объяснить следующим. С одной стороны, юрисдикционный орган, руководствуясь доктриной коллизионного иммунитета, может применить право государства-заемщика, что, однако, породит потенциально негативные последствия для займодавца. С другой стороны, обращение к любому другому правопорядку, отличному от правопорядка государства-заемщика, ставит последнее в неблагоприятное положение с точки зрения баланса интересов сторон и в ряде случаев может повлечь разногласия политического характера, которые, как правило, серьезно осложняют решение сугубо правовых вопросов. Поэтому ни один из рассмотренных выше вариантов не является однозначно приемлемым для сторон. Это в совокупности с отрицанием юрисдикционным органом сделанного сторонами выбора в пользу *lex mercatoria* может воспрепятствовать реализации сторонами своих прав и законных интересов, а также в целом свидетельствует об игнорировании их разумных ожиданий и незаинтересованности правоприменителя в достижении материальной справедливости при решении коллизионного вопроса.

Примечательно, что наряду с арбитражными институтами даже некоторые национальные суды соглашались с подобной либеральной позицией относительно *lex mercatoria*. Например, согласно п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении норм международного частного права судами», стороны вправе выбрать «документы, содержащие правила, рекомендованные участникам оборота международными организациями или объединениями государств» в качестве применимого к их договору права<sup>31</sup>. Волеизъявление на такой выбор должно иметь исключительно прямо выраженный характер, что кажется нам не бесспорным.

С одной стороны, российскому законодателю известна конструкция подразумеваемого соглашения о применимом праве (п. 2 ст. 1210 ГК РФ). Если предположить, что сделанный Верховным Судом Российской Федерации вывод основан на стремлении обезопасить участников гражданского оборота от случайного попадания в не известную им систему норм, то в этом смысле *lex mercatoria* ничем не отличается от любого национального правопорядка, отсылка к которому будет происходить с помощью жестких коллизионных норм, что фактически является тем же «прыжком в темноту». Однако в отличие от национального права установить содержание *lex mercatoria* проще, поскольку оно систематизировано в виде отдельных документов (например, Принципы УНИДРУА, Европейские принципы договорного права), переведено на большинство языков, сопровождается множеством комментариев и пояснений, а также относительно устойчиво, не подвержено постоянным

<sup>31</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» от 09.07.2019 // СПС «Гарант».

изменениям. Исключить подразумеваемый выбор *lex mercatoria* в качестве применимого к договору займа права означает существенно ограничить автономию воли сторон и лишить их полезных и признанных в коммерческой деятельности механизмов правового регулирования.

С другой стороны, несогласованность сторонами договора займа с участием публичных субъектов в части применимого к такому договору права и, соответственно, обращение юрисдикционного органа к коллизионным нормам для отыскания компетентного правопорядка — все это потенциально благоприятные обстоятельства для займодавца, если в основе используемой системы коллизионных норм заложена концепция характерного исполнения (*characteristic performance, charakterische Leistung*)<sup>32</sup>. Хотя п. 2(8) ст. 1211 ГК РФ четко устанавливает, что стороной, исполнение которой имеет решающее значение для содержания договора займа, является займодавец, необходимо все же оговорить причину такого подхода, тем более что далеко не все национальные акты в сфере коллизионного права предлагают подобную конкретизацию *per se*.

Как пишет А. Шницер, в большинстве правоотношений возмещение за встречное предоставление носит денежный характер. При этом такая уплата денег не является ничем специфическим (характерным), а отличительные особенности связаны с другой стороной, которая передает имущество, оказывает услуги, выполняет работы и так далее. Следовательно, именно неденежное исполнение такой другой стороны создает необходимый «центр тяжести правоотношения» (*Schwergewicht des Rechtsverhältnisses*) и определяет «существо правоотношения» (*Wesen des Rechtsverhältnisses*) [Schnitzer A., 1957: 643–644]. В то же время в некоторых договорах, к числу которых относится договор займа, исполнение обеих сторон осуществляется в денежной форме<sup>33</sup>, поэтому для поиска характерного исполнения необходимо установить, «исполнение какой стороны с экономической точки зрения выступает в качестве вознаграждения, и после этого применить право места нахождения другой стороны» [Асосков А.В., 2017: 370]. В частности, в договоре займа функцию вознаграждения выполняют проценты, которые заемщик уплачивает займодавцу за пользование займом. Из вышеизложенного следует вывод, что в договоре займа характерное исполнение осуществляет именно займодавец.

Таким образом, концепция характерного исполнения в отсутствие коллизионного иммунитета государства предполагает применение к отношениям, вытекающим из договора международного займа с участием публичных

---

<sup>32</sup> См., напр.: п. 1 ст. 1211 ГК РФ, ст. 4(2) Регламента Рим I.

<sup>33</sup> Известно, что предметом займа могут выступать не только деньги, но и вещи, определенные родовыми признаками, и ценные бумаги. Однако для целей коллизионно-правового регулирования подобная дифференциация не имеет значения.

субъектов, права страны займодавца; это при определенных обстоятельствах (применении юрисдикционным органом соответствующих коллизионных норм) может быть полезным займодавцу в силу общей известности ему такого права и более глубокого понимания отдельных его институтов, чем если бы применимым было право государства-заемщика или «нейтральное» право третьего государства.

Говоря о «защитных механизмах», обеспечивающих соблюдение прав и законных интересов займодавца как частного лица, вступающего в отношении с публичным субъектом, нельзя не отметить распространенную преимущественно в международном инвестиционном праве стабилизационную («дедушкину») оговорку. Ее смысл заключается в фиксации применимого к договору права государства-реципиента по состоянию на определенный момент времени. Таким образом, государство гарантирует инвестору, что законодательные изменения, могущие возникнуть в применимом праве после заключения договора, не ухудшат положение такого инвестора, а это фактически исключает возможность государства в одностороннем порядке менять существо правоотношений и обеспечивает вышеуказанное «расщепление» статуса государства-заемщика. При этом нарушение стабилизационной оговорки традиционно предоставляет займодавцу право требовать от заемщика возмещения причиненных убытков [Sonnenberger H., Rixecker R., Säcker F., 2010: 215], если иное не предусмотрено соглашением сторон.

Позиция о допустимости «цементирования» применимого права в договорах между государствами и частными субъектами нашла прямое отражение в ст. 3 резолюции Института международного права «О праве, применимом к соглашениям между государством и иностранным частным лицом» (1979): стороны вправе договориться, что нормы компетентного национального правопорядка подлежат дальнейшему применению в том состоянии, в котором они находились на дату заключения соответствующего договора<sup>34</sup>.

Таким образом, в отношении договоров с участием публичных субъектов, в том числе и договоров займа, действует специальный коллизионно-правовой режим, отличный от существующего для гражданско-правовых договоров, лишенных подобного участия. Специфика такого регулирования проявляется преимущественно в коллизионном иммунитете государств, более широком усмотрении сторон в вопросе выбора применимого права и в специфических механизмах, направленных на поддержание баланса интересов сторон и недопущение возможных злоупотреблений со стороны заемщика.

<sup>34</sup> La loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère. Available at: [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1979\\_ath\\_01\\_fr.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1979_ath_01_fr.pdf) (дата обращения: 06.11.2021)

Есть основания считать *lex mercatoria* подходящей нормативной системой регулирования заемных правоотношений между частными и публичными субъектами, поскольку исключает применение правопорядков, объективно «неудобных» какой-либо из сторон договора. Но следует внимательно подходить к изложению оговорки о применимом праве во избежание субсидиарного применения национального права (например, государства-заемщика, если юрисдикционный орган примет во внимание доктрину «мягкого» коллизионного иммунитета) или даже риска признания выбора права несостоявшимся из-за расплывчатости или неоднозначности формулировок.

## Заключение

Таким образом, первой ключевой особенностью правового статуса заемщика-публичного субъекта является юрисдикционные иммунитеты последнего, препятствующие защите прав и законных интересов займодавца, а также отличающих его от «классических» субъектов гражданских правоотношений — физических и юридических лиц. Если в соответствии с исторически первой концепцией абсолютного иммунитета публичный субъект обладал иммунитетом безусловно, то концепция функционального иммунитета разделяет *acta jure imperii* и *acta jure gestionis*, лишая публичного субъекта права ссылаться на иммунитет при действиях коммерческого характера. При этом договор займа, заключаемый публичным субъектом с иностранным частным лицом, следует признавать в качестве *acta jure gestionis* вне зависимости от социально-экономической цели, преследуемой заемщиком, поскольку первоочередное значение имеет характер действий публичного субъекта — реализовывал ли он, заключая и исполняя соответствующий договор, свои властные полномочия или выступал наравне с иными участниками гражданских правоотношений.

Второй важной чертой участия публичных субъектов в трансграничных заемных обязательствах является специальный режим коллизионно-правового регулирования таких обязательств, что проявляется в первую очередь в существовании института коллизионного иммунитета государств в двух его основных разновидностях — «жесткой» и «мягкой». Также недопустимо безусловное подчинения договора займа праву государства-заемщика, это не соответствует таким базовым принципам частного права, как автономия воли и равенство участников гражданского оборота.

Кроме того, сторонам договора международного займа с участием публичных субъектов оставлены более широкие пределы *lex voluntatis* в сравнении с «классическими» частноправовыми отношениями, осложненными иностранным элементом. На наш взгляд, это позволяет сторонам сконструировать договор займа таким образом, чтобы исключить возможность зло-

употреблений со стороны друг друга и тем самым создать некий механизм «сдержек и противовесов», столь необходимый в ситуации, «когда суверен спускается на рынок». В частности, *lex mercatoria* как система негосударственных норм может быть выбрана сторонами в качестве применимого права, а в отношении договора займа с участием публичных субъектов подобный выбор особенно предпочтителен, так как *lex mercatoria* — упорядоченный, общедоступный и универсальный инструмент правового регулирования общественных отношений, осложненных иностранным элементом, и отвечает интересам обеих сторон.

---



### **Список источников**

1. Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Логос, 2017. 640 с.
2. Grimm Д.Д. Лекции по догме римского права. М.: Зерцало, 2003. 496 с.
3. Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М.: Волтерс Клувер, 2007. 416 с.
4. Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. М.: Международные отношения, 2016. 664 с.
5. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 7-е изд. М.: Статут, 2016. 351 с.
6. Суханов Е.А. Гражданское право. Т. I: Общая часть. М.: Статут, 2019. 576 с.
7. Фолсом Р., Гордон М., Спангол Дж. Международные сделки: краткий курс: пер. с англ. М.: Логос, 1996. 528 с.
8. Шамраев А.В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. М.: КНОРУС, 2010. 160 с.
9. Bonomi A. The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations. Yearbook of Private International Law, 2008, vol. 10, pp. 165–176.
10. Briggs A. Agreements on Jurisdiction and Choice of Law. Oxford: Oxford University Press, 2008, 624 p.
11. Corelli A. Analytical corporate finance. Cham: Springer International, 2016, 501 p.
12. Kronke H. Connected and global securities markets: with or without conflict of laws? In: Corporations, Capital Markets and Businesses in the Law. R. Buxbaum (ed.). The Hague: Kluwer Law International, 2000, 687 p.
13. Lando O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. International and Comparative Law Quarterly, 1985, vol. 34, no. 4, pp. 747–768.
14. Lauterpacht H. International law reports. Vol. 23. Cambridge: Grotius Publications, 1989, 908 p.
15. Leible S. Choice of the applicable law. Le nouveau règlement européen “Rome I” relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles: actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, 2008, vol. 62, pp. 61–76.
16. Lowenfeld A. Lex Mercatoria: arbitrator’s view. Arbitration International, 1990, vol. 6, no. 2, pp. 133–150.

17. Schnitzer A. Handbuch des Internationalen Privatrechts einschliesslich Prozessrechts, unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Vol. 1. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft A.G., 1957, 1072 p.

18. Sommers D., Broches A., Delaume G. Conflict avoidance in international loans and monetary agreements. *Law and Contemporary Problems*, 1956, vol. 21, no. 3, pp. 463–482.

19. Sonnenberger H., Rixecker R., Säcker F. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd 10. Internationales Privatrecht. Rom-I Verordnung. Rom-II Verordnung. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24). München: C.H. Beck, 2010, 2543 p.



## References

1. Asoskov A.V. (2017) *Conflict-of-laws regulation of contractual obligations*. Moscow: Logos, 640 p. (in Russ.)

2. Bonomi A. (2008) The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations. *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, pp. 165–176.

3. Briggs A. (2008) *Agreements on jurisdiction and choice of law*. Oxford: University Press, 624 p.

4. Corelli A. (2016) *Analytical corporate finance*. Cham: Springer International, 501 p.

5. Folsom R., Gordon M., Spangol J. (1996) *International business transactions*. Moscow: Logos, 528 p. (in Russ.)

6. Grimm D.D. (2003) *Lectures on Roman law dogma*. Moscow: Zertsalo, 496 p. (in Russ.)

7. Kanashevskii V.A. (2016) *International contracts: legal regulation*. Moscow: Miezhdunarodnye otnoshenia, 664 p. (in Russ.)

8. Kronke H. (2000) Connected and global securities markets: with or without conflict of laws? In: *Corporations, Capital Markets and Businesses in the Law*. R. Buxbaum (ed.). The Hague: Kluwer Law International, 687 p.

9. Lando O. (1985) The Lex Mercatoria in international commercial arbitration. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, no. 4, pp. 747–768.

10. Lauterpacht H. (1989) *International Law Reports*. Vol. 23. Cambridge: Grotius Publications Ltd., 908 p.

11. Leible S. (2008) Choice of applicable law. Le nouveau règlement européen “Rome I” relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles. *Journée de droit international privé*, vol. 62, pp. 61–76.

12. Lowenfeld A. (1990) Lex Mercatoria: an arbitrator’s view. *Arbitration International*, vol. 6, no. 2, pp. 133–150.

13. Pokrovskii I.A. (2016) *Main issues of civil law*. 7<sup>th</sup> ed. Moscow: Statut, 351 p. (in Russ.)

14. Shamraev A.V. (2010) *Regulation of international bank transactions and transactions on international financial markets*. Moscow: Knorus, 160 p. (in Russ.)

15. Schnitzer A. (1957) Handbuch des Internationalen Privatrechts einschliesslich Prozessrechts, unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Vol. 1. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft A.G., 1072 p.

16. Sommers D., Broches A., Delaume G. (1956) Conflict avoidance in international loans and monetary agreements. *Law and Contemporary Problems*, vol. 21, no. 3, pp. 463–482.

17. Sonnenberger H., Rixecker R., Säcker F. (2010) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 10. Internationales Privatrecht. Rom-I Verordnung. Rom-II

Verordnung. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24). München: C.H. Beck, 2543 p.

18. Sukhanov E.A. (2019) Civil law. General part. Moscow: Statut, 576 p. (in Russ.)

19. Zvekov V.P. (2007) *Conflicts of laws in private international law*. Moscow: Wolters Kluwer, 416 p. (in Russ.)

---

**Данные об авторе:**

М.В. Ратушный — ассистент.

**Information about the author:**

M.V. Ratushnyy — Assistant.

Статья поступила в редакцию 07.03.2021; одобрена после рецензирования 10.08.2021; принята к публикации 28.02.2022.

The article was submitted 07.03.2021; approved after reviewing 10.08.2021; accepted for publication 28.02.2022.

## Рецензии

Рецензия

УДК 343:82.09

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.236.242

# Преступный сюжет в русской литературе



**Сергей Александрович Маркунцов**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,  
101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20, smarkuntsov@hse.ru,  
<https://orcid.org/0000-0001-8473-7314>



## Аннотация

В рецензии анализируется содержание монографии «Преступный сюжет в русской литературе» (М.: Проспект, 2021, 640 с.), автор которой — выдающийся ученый в области уголовного права А.В. Наумов. В рецензируемой работе ученый предпринимает попытку объяснить феномен преступного посредством раскрытия связанных с ним уголовно-правовых, криминологических, философско-правовых и иных базовых проблем сквозь призму детального изучения огромного количества преступных сюжетов, содержащихся в произведениях великой русской литературы. В контексте такого исследования автор обращается к произведениям более чем 80 отечественных писателей.



## Ключевые слова

преступный сюжет, уголовное право, криминология, русская литература, литературоведение, преступление, наказание.

**Для цитирования:** Маркунцов С.А. Рецензия на монографию А.В. Наумова «Преступный сюжет в русской литературе» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4. С. 236–242. DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.236.242.

## Book Review

Review

### Criminal Plot in the Russian Literature



**Sergey A. Markuntsov**

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia, smarkuntsov@hse.ru; [https:// orcid. org/0000-0001-8473-7314](https://orcid.org/0000-0001-8473-7314)



#### Abstract

The review analyzes a monograph “Criminal plot in the Russian literature” (Moscow: Prospekt, 2021, 640 p.), written by Anatoly V. Naumov, a lawyer and outstanding researcher in the field of criminal law. In the reviewed book the scientist makes an attempt to explain the phenomenon of “criminal” through the disclosure of related criminal, criminological, philosophical and other basic problems, through the prism of a detailed study of a huge number of criminal plots contained in the works of the great Russian literature. In the context of such a study, the author refers to the works of more than 80 writers of Russian Empire, Soviet Union and of the contemporary Russia.



#### Keywords

criminal plot, criminal law, criminology, Russian literature, literary studies, crime, punishment.

**For citation:** Markuntsov S.A. (2022) Criminal Plot in the Russian Literature. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 236–242 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.236.242.

Преступный сюжет в русской литературе — простое, лаконичное и вместе с тем точное название очередной фундаментальной монографической работы доктора юридических наук, заслуженного деятеля науки, лауреата национальной премии по литературе в области права, члена союза писателей Москвы Анатолия Валентиновича Наумова, Рецензируемая книга характеризует автора не только как выдающегося ученого-юриста, корифея в области уголовного права, но и как литературоведа, а также необычайно эрудированного человека.

Попытки анализа литературных сюжетов с позиции юридической науки, безусловно, имели место и ранее. Однако парадокс состоит в том, что они предпринимались чаще всего учеными-филологами, предметом изучения которых, как правило, был ограниченный круг авторов и (или) литературных произведений [Сафронова Е.Ю., 2013: 182]<sup>1</sup>, которые детально не рас-

<sup>1</sup> В работе анализируются «криминально-правовые сюжеты» произведений из раннего творчества Ф.М. Достоевского.

крывали собственно юридических аспектов содержания и зачастую вольно использовали юридическую терминологию, либо (что реже) отраслевыми учеными-юристами [Клебанов Л.Р., 2021: 230]. В последнем случае литературные сюжеты выступали своего рода иллюстрациями собственно юридической проблематики. В этом смысле рецензируемая монография А.В. Наумова является «продуктом» качественно иного уровня.

Автор, отвечая на вопрос, чем объяснить его намерение написать книгу «Преступный сюжет в русской литературе», поясняет, что, если упростить его замысел, речь идет об отражении такого социального феномена, как преступление (преступность) и неразрывно связанного с ним наказания в отечественной художественной литературе. Преступление (это центральная категория уголовного права) нередко обнажает тайники души, делает видимой психологию поведения человека. Поэтому обращение классической литературы всех времен и народов к материалам о преступлениях является не только обычным, а вполне закономерным [Наумов А.В., 2021: 5]. Проблема «преступного» была актуальна с момента зарождения человеческого общества, ибо данный феномен исходит из природы самого человека в контексте его взаимоотношения с другими. В этом смысле литература, безусловно, не может обойтись без рассмотрения преступных сюжетов.

Уже при первом подходе к прочтению работы создается впечатление, что при ее написании в авторе постоянно боролись, с одной стороны, выдающийся юрист, с другой — замечательный писатель (литературовед). При этом далеко не по всем аспектам побеждал юрист, о чем свидетельствует уже оглавление данного фундаментального труда. Так, с точки зрения узкоотраслевого формально-юридического мышления более логично и, безусловно, намного проще было бы построение монографии по принципу иллюстрации базовых институтов и проблем уголовного права (криминологии) литературными сюжетами (в том числе и прежде всего сюжетами о преступном). Такого рода работы уже выходили в свет [Клебанов Л.Р., 2006: 144], и с точки зрения собственно узко-юридической логики их построения они, возможно, даже понятнее юристу. Но в том и состоит безусловная оригинальность данной работы и экстраординарность ее автора, что в основу данного исследования положен иной подход — в контексте анализа системно выстроенных многочисленных преступных сюжетов, описанных в различных литературных произведениях, А.В. Наумов детально разбирает, пожалуй, максимально полную палитру уголовно-правовых и криминологических проблем, связанных с преступным в самом широком смысле слова. В результате разбора этих проблем во многом и рождаются, обретают сугубо юридическое содержание («звучание») собственно преступные сюжеты. Выбор такого подхода является вполне осознанным у автора, убежденного, что «художественная литература вовсе не служит лишь иллюстрацией к на-

учному (уголовно-правовому) ее пониманию. Более того, она может даже обогнать определенные доктринальные на этот счет представления...» [Наумов А.В., 2021: 2].

Пожалуй, именно благодаря такой в определенном смысле гениальной находки автора в части выбора логики изложения материала данная книга окажется даже не то чтобы интересной как отраслевым специалистам-юристам, так и широкому кругу читателей, но и еще весьма полезной с воспитательно-превентивной точки зрения.

При написании такого рода работ всегда есть соблазн ограничить исследование либо узким кругом авторов или (и) историческим периодом. В данном случае автор избежал такого рода ограничений. В анализируемой монографии последовательно системно и равномерно исследованы преступные сюжеты великой русской литературы. При в равной мере, если судить по объему глав, внимание уделено как преступным сюжетам в дореволюционной, начиная со второй половины XVIII века (в терминологии автора — в «русской классической») (с. 19–264), так и в советской (с. 265–562) литературе. В этом смысле в книге не чувствуется какого-либо перекаса, одностороннего уклона. Несколько меньшее внимание уделено преступным сюжетам в современной («постсоветской») литературе, что во многом объяснимо небольшим в сравнении с другими историческими периодами временным интервалом. В этой части автор анализирует преступные сюжеты в произведениях таких авторов, как А.Г. Битов, В.С. Маканин, Э.В. Лимонов, З. Прилепин, В.О. Пелевин. Вместе с тем следует отметить, что последняя часть является одной из «жемчужин» работы, хотя бы исходя из того факта, что комплексный анализ преступных сюжетов в постсоветской литературе пока не проводился.

А.В. Наумов скрупулезно анализирует основные преступные сюжеты литературных произведений, принадлежащих перу авторов различных эпох, как широко известных (например, в дореволюционной литературе — А.С. Пушкина, М.Ю. Лермонтова, Н.В. Гоголя, Н.А. Некрасова, Ф.М. Достоевского, Л.Н. Толстого, А.П. Чехова и др., так и относительно малоизвестных — например, А.В. Сухово-Кобылина или П.И. Мельникова-Печерского). Парадокс, но еще больше таких не очень известных современному поколению имен писателей можно найти во второй части работы в контексте анализа преступных сюжетов в у таких советских литераторов, как К.А. Тренев (с. 327–329), П.Ф. Нилин (с. 363–373) и некоторые др.

Не ставя перед собой задачу рассмотреть все преступные сюжеты, автор останавливает внимание только на тех произведениях, которые в контексте содержащихся в них преступных сюжетов наиболее ярко вскрывают ту или иную уголовно-правовую или криминологическую проблематику. Так, помимо анализа государственно-правовых воззрений А.С. Пушкина на про-

тяжении всей жизни и творчества поэта А.В. Наумов в контексте анализа преступных сюжетов в его творчестве рассматривает такие проблемы, как психологическое содержание преступления, основания уголовной ответственности, справедливости и жестокости наказания, смертной казни как особого вида наказания (с. 52–57, 82–91). Отдельного внимания автора («глазами криминалиста») удостоен роман в стихах «Евгений Онегин» (с. 57–63). В контексте анализа преступных сюжетов в рамках творчества Л.Н. Толстого ученый останавливается на преступлениях агрессивной войны и безнравственности как признака преступления (с. 151–164). Выбор анализируемых произведений свидетельствует не только о высокой эрудиции автора, но об его особом отношении — любви к великой русской литературе<sup>2</sup>.

А.В. Наумов не бросает читателя в водовороте многочисленных преступных сюжетов. Он детально обосновывает, как выбор исторического периода, положенного в основу структурного построения глав и частей монографии, так и подбор авторов и собственно самих преступных сюжетов, постоянно иллюстрируя обоснование описаниями интереснейших сюжетов из жизни самих авторов, извлечениями из их переписки, оценками современников или историческими фактами. Например, при рассмотрении государственно-правовых взглядов Л.Н. Толстого и, в частности, его теории «непротivления злу силой (насилием)» А.В. Наумов предлагает обратиться не только к черновому варианту письма писателя к императору Александру III, но к переписке Л.Н. Толстого с публицистом и литературным критиком Н.Н. Страховым, к известной статье «Не могу молчать» и даже к воспоминаниям Председателя Совета министров С.Ю. Витте. В этом смысле чтение книги крайне интересно<sup>3</sup>.

Применительно к каждому новому анализируемому преступному сюжету автор старается раскрыть наиболее важные юридические проблемы, вместе с тем не повторяясь в их анализе. В этом смысле для читателей, обладающих юридическими познаниями, работа А.В. Наумова в итоге предстает кладом юридической, преимущественно уголовно-правовой, мысли. Вместе с тем и литературоведы найдут в этой книге много интересной информации применительно к их профессиональной сфере, так как автором были изучены не только переписка писателей, оценки их современников, но и другие многочисленные исторические, в том числе архивные документы.

<sup>2</sup> Справедливости ради отметим, что последний тезис подтверждает тот факт, что А.В. Наумов с завидной регулярностью обращается к уголовно-правовому и криминологическому анализу отдельных произведений [Наумов А.В., 2006: 46–50; 2017: 69–72]. Его книга «Посмертно подсудимый», посвященная жизни и творчеству А.С. Пушкина, выдержала не одно издание. См.: [Наумов А.В., 2021: 320].

<sup>3</sup> Все приводимые в книге цитаты выделены курсивом, что намного облегчает их восприятие и дополнительно свидетельствует о заботливом отношении автора к читателям.

При весьма широком перечне литературных произведений отечественных писателей (в монографии исследовано творчество более чем 80 литераторов), анализируемых в рамках данной книги сквозь призму описываемых в них преступных сюжетов, глубины рассматриваемых в их контексте уголовно-правовых и криминологических проблем, значительный общий объем работы кажется более чем лаконичным, книга читается легко и захватывающе.

Юридические проблемы, анализируемые автором в рамках тех или иных рассматриваемых преступных сюжетов, весьма глубоки и разнообразны. Они затрагивают не только вопросы, связанные с собственно институтом преступления, но также и с институтом наказания, личности преступника, механизмом преступного поведения, преступности в целом, исполнением наказания, исправления преступников и многие другие. Указанные проблемы проанализированы А.В. Наумовым не только с позиций собственно уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права, но с позиций теории, психологии, антропологии, социологии и философии права.

В этом смысле название монографии, сформулированное через понятие «преступный сюжет», весьма удачно, ибо оно по сути не только объединяет всю обозначенную проблематику, но одновременно не ограничивает ее рамками узко отраслевой терминологии, делая рецензируемую работу доступной широкому кругу читателей.

Монография «Преступный сюжет в русской литературе» — это блестящая работа А.В. Наумова, которая, безусловно, вносит весомый вклад в развитие не только наук уголовно-правового цикла, прежде всего уголовного права и криминологии, но и в исследование великой русской литературы. Рецензируемая работа являет собой одну из квинтэссенций взглядов не только корифея в области уголовного права, но и философа права, а также замечательного литературоведа.

Я выражаю надежду на то, что А.В. Наумов продолжит радовать читателей очередными научными и литературными изысканиями.



### **Список источников**

1. Клебанов Л.Р. Квалификация преступлений в сюжетах художественной литературы. М.: Норма, 2021. 230 с.
2. Клебанов Л.Р. Преступник и преступление на страницах художественной литературы. М.: Волтерс Клувер, 2006. 144 с.
3. Наумов А.В. Посмертно подсудимый. 4-е изд. М.: Проспект, 2021. 320 с.
4. Наумов А.В. Преступный сюжет в романе М.А. Булгакова «Мастер и Маргарита» // Российская юстиция. 2017. N 2. С. 69–72.
5. Наумов А.В. Проблема революционного экстремизма и терроризма в романе Ф.М. Достоевского «Бесы» // Законность. 2006. N 5. С. 46–50.

6. Сафронова Е.Ю. Дискурс права в творчестве Ф. М. Достоевского 1846–1862 гг.: монография. Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2013. 182 с.



## References

1. Klebanov L.R. (2021) *Qualification of crimes in the plots of fiction*. Moscow: Norma, 230 p. (in Russ.)
2. Klebanov L.R. (2006) *The criminal and crime on pages of fiction*. Moscow: Wolters Kluwer, 144 p. (in Russ.)
3. Naumov A.V. (2021) *Posthumously defendant*. Moscow: Prospect, 320 p. (in Russ.)
4. Naumov A.V. (2017) Criminal plot in Michail Bulgakov's novel "Master and Margarita". *Rossiyskaya yusticiya*=Russian Justice, no. 2, pp. 69-72 (in Russ.)
5. Naumov A.V. (2006) Revolutionary extremism and terrorism in Fyodor Dostoevsky's novel "Demons". *Zakonnost'*=Legality, no. 5, pp. 46-50 (in Russ.)
6. Safronova E. Yu. (2013) *Legal discourse in the works of F. M. Dostoevsky 1846-1862*. Barnaul: Altay University Press, 182 p. (in Russ.)

---

### Информация об авторе:

С.А. Маркунцов — доктор юридических наук, профессор.

### Information about the author:

S.A. Markuntsov — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 26.09.2022; одобрена после рецензирования 21.10.2022; принята к публикации 28.10.2022.

The review was submitted to the editorial office 26.09.2022; approved after reviewing 21.10.2022; accepted for publication 28.10.2022.

Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4.  
Law. Journal of the Higher School of Economics. 2022. Vol. 15, no 4.

*Рецензия*

УДК: 342.7

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.243.250

## Логика в праве возможна

---

---



**Лора Турарбековна Рыскельдиева**

Крымский федеральный университет имени В.И. Вернадского, Россия 295007, Симферополь, просп. академика Вернадского, 4, ryskeldieval@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-2878-1959>

---



**Аннотация**

Рецензия на книгу: Как возможна логика в праве / под ред. М.В. Антонова и др. СПб.: Алетейя, 2021. 456 с.

---



**Ключевые слова**

юридический позитивизм, деонтическая логика, делиберация, нормативизм, Евгений Булыгин, Ганс Кельзен.

---

---

**Благодарности:** Статья опубликована при поддержке РФФИ в рамках проекта А20-011-00622 «Философия как действие: прагматика текстового поведения».

**Для цитирования:** Рыскельдиева Л.Т. Логика в праве возможна // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 4. С. 243–250. DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.243.250.

*Book Review*

### The Logic in Law is Possible



**Lora T. Ryskeldiyeva**

V.I. Vernadsky Federal University, 4 Vernadsky Prospect, Symferopol 295007, Russian Federation, ryskeldieval@gmail.com



**Abstract**

The review of the book: How logic is possible in the law? Ed. by M.V. Antonov et al. Saint Petersburg: Aleteya, 2021, 456 p. (in Russ.)

 **Keywords**

legal positivism, normative theory of law, deontic logic, deliberation, Eugenio Bulygin, Hans Kelsen.

**Acknowledgments:** The article is published with the support of the RFBR in the framework of the project A 20-011-00622 "Philosophy as action: pragmatics of textual behavior"

**For citation:** Ryskeldieva L.T. (2022) The Logic in Law in Possible. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 243–250 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.4.23.

Если вопросы справедливости, правосудия и законности волновали и волнуют всех и всегда, то перед нами книга, интересная не только правоведам. У нее удачное название в виде вопроса, а он, в свою очередь, тоже вызывает вопросы: как возможно отсутствие логики в праве и что тогда такое «нелогичное право»? В поисках ответа на них читателю придется проделать большой труд, который в результате окажется плодотворным и приносящим удовлетворение, так как ответы будут получены. Если они удовлетворят читателя, то это значит, что он, во-первых, понял, в чем преимущества правового позитивизма как фундаментального подхода не только в теоретическом правоведении, но и в праве в целом. Во-вторых, читатель (в особенности, неискушенный) сделает ценное открытие — имя Евгения Викторовича Булыгина и непременно достанет его книгу — изданный не так давно сборник переводов его самых интересных работ [Булыгин Е.В., 2016], на которые, в свою очередь, ссылаются авторы рецензируемого издания. Е.В. Булыгин, как выясняется, — заметное явление в мировом правоведении, представитель правового позитивизма, так сказать, «с человеческим лицом», и, коль скоро в отношении позитивизма еще действуют легистские стереотипы, то наследие Е.В. Булыгина действительно помогает от них избавиться.

Структура книги не проста, в ней пять разделов, посвященных: методологии правового позитивизма; теории правоприменения и проблеме полноты права; аргументации и обоснованию в праве; логике норм; нормативности права. Соответствует ли такая структура реализации замысла, общей идеи? Да, в определенной степени, если принимать во внимание работы Е.В. Булыгина и совокупность проблем, в них затронутых.

Ключевыми словосочетаниями для всей книги я бы назвала «нормативную систему» и «деонтическую логику». Актуальность этих понятий в наши дни не требует подтверждения, упомяну только "International Conference on Deontic Logic and Normative Systems (DEON)"<sup>1</sup>. Проблематизация полноты

<sup>1</sup> Available at: <https://www.mcmp.philosophie.uni-muenchen.de/events/workshops/container/deon-2021/index.html>. (дата обращения: 28.11.2021)

нормативной системы и развитие новой для XX века деонтической логики, полагаю, следует считать признаками, на основе которых можно говорить о начале фундаментальных постнеклассических или постсовременных подвижек в теоретическом и философском правоведении, т.е. в самом консервативном сегменте социокультурного знания. Как же возможна логика в праве? Ответ не лежит на поверхности, он раскрывается в прагматике текста книги.

**Апология юридического позитивизма.** Юридический позитивизм (далее — ЮП) и естественно-правовой подход (далее — ЕП) в теории и философии права подобны платонизму и аристотелизму в европейской философии: не могут быть поняты друг без друга, развиваются в спорах и противостоянии друг другу. На стороне ЮП — в широком смысле аналитизм, реализующийся в инструментализме, операционализме, прагматизме, переоценить которые аналитически настроенному исследователю крайне трудно. Эти трудности весьма успешно продемонстрированы в рецензируемой книге. Кроме того, в наши дни понятие «юридический позитивизм», подобно не-критическому понятию «восточная философия», на деле охватывает множество различных теорий и к тому же не мыслим без учета влияния лингвистического анализа, теории речевых актов и пр.

Замечательная особенность ЮП, рассмотренного в рецензируемой книге, состоит в том, что это именно «булыгинский» его вариант. Работы Е.В. Булыгина, как пишут ответственные редакторы, «позволяют увидеть, что позитивисты — вопреки распространенному мнению — не отрицают прав человека, допускают влияние неюридических факторов на правоприменительную и судебную деятельность, отстаивают необходимость твердых этических убеждений юриста — убеждений, которые в некоторых случаях могут заставить его отказаться от соблюдения норм права во имя высших принципов и т.п.» (с. 14). В наши дни, в эпоху кризиса долженствования и размывания его источников, и коммуитаризм, и этика в качестве основ ЕП натолкнулись на глухую стену индивидуализма и релятивизма, во время господства которого понятие морали становится наименее понятным из всех понятий. Впрочем, авторский коллектив рецензируемой книги далек от однородности, что подтверждается развернутой, аргументированной полемикой и с основами ЮП, и с позицией Е.В. Булыгина.

К.В. Карпенко («Принцип полноты права и его применение в Конституции», с. 179–196), например, откровенно критически относится к булыгинской критике идеи полноты права; Ю.Ю. Ветютнев («Проблемы ценностной аргументации в юридическом позитивизме», с. 250–263) демонстрирует, что известный тезис о «ценностной нейтральности» ЮП не подтверждается; И.Ф. Мачин («*Nullum crimen sine lege* как принцип законности и как «правило замыкания» сферы юриспруденции», с. 196–211) считает, что «правило

замыкания» Альчуррона-Булыгина способствует более глубокому пониманию действенности системы уголовного права; Ю. Е. Пермяков («Естественно-правовые основания доктринальных суждений», с. 232–250) напротив, утверждает неустрашимость проблематики ЕП из правового дискурса — чем напряженнее усилия ЮП по элиминации метафизических проблем, тем глубже логическая ловушка, в которую они добровольно вовлекаются. В любом случае речь в защиту ЮП в рецензируемой книге можно считать убедительной.

**Обогащение языка нормативизма.** Позитивистская теория Е.В. Булыгина, убеждают нас авторы рецензируемой книги, хороша еще и тем, что с ее помощью удастся заполнить пробелы в кельзеновском нормативизме, в этом кантианском трансцендентальном «столпе» правоведения XX века. Понятие должного как нормы в нем призвано сыграть роль соединительного мостика между несоединимыми мирами и помочь решить вечный для европейской философии вопрос Д. Юма о смысле различения сущего и должного. Между нормой и фактом находится действие, поэтому действенность нормы обеспечивает ее действительность. Кельзеновская норма как основание решения судьбы технична и подобна не дающему осечек ружью в руках у солдата, тогда как норма в логическом контексте, заданном разделом «Логика норм» рецензируемой книги, технологична и «становится семантическим значением нормативного предложения» (В.В. Оглезнев. «Экспрессивная концепция норм и теория речевых актов», с. 283–299), имеющего место в членораздельном дискурсе правоприменителя. Действенность рассматривается Е.В. Булыгиным как «диспозиционное свойство норм», а если под диспозицией здесь понимать осмысленную и целенаправленную последовательность рассуждений, то логический контекст нормативизма становится наиболее адекватным. В этом авторы видят влияние лингвистики, призванной прояснить в данном случае язык права.

Прояснение языка нормативизма в книге происходит путем его обогащения, т.е. усложнения, увеличения количества рефлексивных различий: норма — нормативное предложение, гилетическая — экспрессивная теории, прескрипция — дескрипция, пропозиция — императив, семантика — прагматика норм, *de dicto* — *de re*, алетические — деонтические модальности, право — правоведение. В книге дана развернутая аналитико-лингвистическая экспозиция логики норм Альчуррона-Булыгина (А.Б. Дидикин. «Границы применения логического анализа в эпистемологии права», с. 299–312), а также проанализированы логические свойства нормы, относящиеся к разным действиям агентов (С.М. Кускова. «Нормы и общие свойства модальностей», с. 312–333). В их контексте нормативная система выглядит прагматическим единством, состоящим, в свою очередь, из динамических множеств, чей динамизм позволяет выполнять главное дело правоведа — искать пробелы и противоречия

с целью их заполнения и устранения. Логический контекст нормативизма и ЮП вообще можно считать многообещающим: если с помощью деонтической логики нормативизм как «логика норм» формализуется, то перспективы искусственного интеллекта (того, что Е.В. Булыгин называл «машиночитаемым правом») открыты. Однако приведет ли это к достижению цели права, и существует ли таковая вообще, в рецензируемой книге не сказано.

**Утверждение правоты этического скептицизма.** Именно с помощью термина «скептицизм» характеризует свою позицию сам Е.В. Булыгин, и данная характеристика отражает современное состояние этики и философии морали. Это состояние имеет существенную связь с проблемой прав человека, миновать решение которой в философии права возможности нет. Детально посвящая читателя в эту проблему, реконструируя и анализируя суть порожденных ею споров, в которые вовлечены главные участники мирового философско-правового дискурса (Л. Фуллер, Г. Харт, Р. Дворкин, А. Росс, Дж. Финнис), авторы книги (Н.В. Варламова. («Обоснование прав человека как ахиллесова пята юридического позитивизма», с. 263–283) показывают, сколь корректна позиция Е.В. Булыгина по этому вопросу и как трудно найти моральное обоснование праву<sup>2</sup>.

Недоумение по поводу самой идеи (*fiction*) прав человека, выраженное классиком ЮП Дж. Бенхамом, вполне может разделить любой современный позитивист, однако одним недоумением проблему не решить. Приходится честно признать, что утверждение «надпозитивного» характера прав человека выводит их из компетенции ЮП: позитивист не может их отрицать, но и обосновать тоже не может! Булыгинская культура правового мышления вполне в духе бенхамовой критической деонтологии не приемлет морализаторства, и вопрос о существовании нравственной обязанности следовать некоей основной норме в этой культуре следует считать открытым. Однако именно благодаря такому скептическому и критическому настрою (вспомним, что *σκεπτικός* (*skeptikós*) — ищущий, размышляющий) становится понятно, как важна идея прав человека для современности, какой путь она проделала за свою историю (от борьбы за свободу вероисповедания до пресловутых гей-парадов) и как хрупко ее бытие в формате Всеобщей декларации прав человека 1948 года. В этом контексте особенную ценность приобретает раздел рецензируемой книги, посвященный теории аргументации — «логике делиберации» (Е.Н. Лисанюк, Е.В. Тимошина. «Логические аспекты обоснования решения», с. 211–232).

---

<sup>2</sup> Исключение, по-моему, составляют труды Э.Ю. Соловьева, дающие такую интерпретацию кантианства, которая позволяет увидеть в праве защиту морали автономной личности и способ достижения человеком самоуважения. В какой мере в ней можно видеть основы правового либерализма и как он связан с теорией Е.В. Булыгина — отдельный вопрос.

Трудно представить делиберативную логику в корпусе кельзеновского варианта нормативизма. Принципиальная неполнота любой формальной системы, неустранимые пробелы в праве, дедуктивная природа вывода, нормативная субсумция, соображения, принимаемые во внимание в мотивировочной части решения суда, полнота и цельность решения в обоих его частях (мотивировочной и резолютивной), этическая позиция самого судьи — все эти обстоятельства и выводят логику делиберации в центр современного ПП как подвижного, процессуального нормативизма. На ее становление повлияло то, что оказало решающее воздействие и на теорию Альчуррона-Бульгина — деонтическая логика Г.-Х. фон Вригта, которая, однако, возникла, как указывают авторы книги, именно под влиянием права. Новая логика сформировала новый дедуктивный каркас правовой системы и он, как кажется, сможет соответствовать подвижности нового нормативного множества, стать подобным не жесткому корсету, а чему-то вроде «экзоскелета системы».

Запоминается цитируемое в книге высказывание Е.В. Бульгина о том, что логика в праве может не все, но многое. С этим высказыванием связано, полагаю, оптимистическое упование на постижение «сущности права»: бульгинский вариант позитивизма видит ее «не в метафизическом (социологическом, психологическом и любом ином факторе), а в четком понятии права» (В.И. Павлов. «Мир юридического позитивизма и антропологическое измерение права», с. 38). Искомая четкость в таком случае, обеспеченная анализом и логикой, дают обоснованную надежду на такую нормативную систему, которая обеспечила бы становление и реализацию делиберативной демократии, основанной на обсуждении, размышлении, совещании и поиске общественного согласия. В условиях современной коммуникации, способствующих подвижности и процессуальности права, это возможно. Другими словами, скептическую установку ЮП в отношении морали можно считать обоснованной.

**Обоснование необходимости логической подготовки судьи.** Фигура судьи, его роль и место в правовой системе — особая тема и в рецензируемой книге, и в работах Е.В. Бульгина. Во-первых, потому, что для решения в каждом случае и в рамках подвижной прагматичной нормативной системы, подобной языку в понимании Л. Витгенштейна, им приходится конструировать «локальную нормативную систему», подобную витгенштейновой языковой игре — выявить, уточнить, а, может, и изменить смысловое значение нормы. Так и происходит систематизация права — не законодателями, а практикующими юристами! Во-вторых, потому что, по Бульгину, «частичная неопределенность правового регулирования не может быть устранена в принципе; юристам следует приобретать навыки преодоления логической неопределенности нормативных систем, реализуя свои компетенции» [Бульгин Е.В., 2016: 21]. Утверждая, что в праве нет ни божественного, ни есте-

ственного, а только искусственное, что право целиком и полностью — продукт человеческий, он приводит нас к мысли о полнейшей ответственности человека за дело своих рук.

Особый интерес в этом контексте имеют личность составителя нормативной системы и «исследование нормативной системы, создаваемой правоприменителем, ибо от качества его правосознания, представлений о разумности и рациональности, от его интуитивных представлений о праве зависит соотношение интерпретируемого (оцениваемого) случая и решения» (Е.Н. Тонков. «Множественность нормативных систем», с. 364). Вводимое авторами книги понятие индивидуальной нормативной системы вполне соответствует сознанию современного человека — его мышление сформировано прагматизмом и релятивизмом, а без них повсеместное господство индивидуализма в массовом обществе невозможно. Когда мы это понимаем, то осознаем, почему вопрос о месте логики в праве так существенен для всех нас, для всех лиц.

Каким должен быть судья? Справедливым? При наличии позитивного права справедливость есть «немое божество», закон его не гарантирует. Добрым? Тогда по отношению к кому, и есть ли у преступника такое же право на доброту, что и у жертвы? Нравственной личностью? А разве не может вполне безнравственная личность вынести разумное решение? Авторы книги убеждают нас в том, что хороший судья для них — это умный судья. Он способен отчетливо мыслить, т.е. вести осмысленную речь, его действия понятны и для него как для действующего юриста, и для правоведа, анализирующего эти действия. Он способен критически мыслить, тезис о принципиальной неполноте формальной системы должен быть ему известен, он способен «сшить» совокупность норм в систему, т.е. кроме анализа должен быть способен и на синтез: уметь сначала раскладывать целое на части, а потом непременно собирать его опять в целое. Ответить «на каком основании?» — значит, не только указать тот нормативный акт, ссылаясь на который я выношу решение, но и вразумительно, т.е. связно, последовательно (логично) ответить, отвечая за каждое произнесенное слово. Это ответственный судья, он способен давать ответы и нести ответственность за вынесенные решения. Нам в России нужны такие судьи.

Очевидным достоинством рецензируемой книги является авторский состав. Во-первых, он демонстрирует географическую широту, представляя не только большое количество регионов России, но еще Беларусь и Польшу. Во-вторых, он включает дисциплинарное многообразие: это и правоведа, и философы, и практикующие юристы. Все они высокопрофессионально, критически рассматривают не только различные аспекты ЮП, но и почти все аспекты концепции Ю.В. Булыгина.

Впрочем, разумеется, книга не лишена недостатков. Во-первых, это недостаток, свойственный практически всем коллективным монографиям: из-

вестная пестрота и стилистическая неоднородность текста, обилие имен в тексте книги и наличие в нем же аннотаций — все это создает «журнальное» впечатление, ощущение альманаха или сборника статей, мешает пониманию смысла, а, точнее, замысла книги в целом, затрудняет его понимание. Несмотря на это, книга, несомненно, интересна и правоведам, и философам, и политологам, а также, очевидно, логикам и практикующим юристам.

Итак, два главных результата, получаемых читателем от прочтения рецензируемой книги: анализ, интерпретация и реконструкция теоретического и философского наследия нашего замечательного соотечественника, правоведа с мировым именем и экспозиция постсоветского российского позитивистского научного и философского потенциала как экстраполяция аналитического мышления на правоведческий материал. Повторю: рецензируемая книга вызывает не только интерес к себе, но и любопытство к работам самого Е.В. Булыгина, побуждая их прочитать. Это ли не благотворное текстовое воздействие?

---



#### **Список источников**

1. Булыгин Е.В. Избранные работы по теории и философии права. СПб.: Алеф-Пресс, 2016, 559 р.
2. Антонов М.В., Лисанюк Е.Н., Тонков Е.Н. (ред.) Как возможна логика в праве. СПб.: Алетейя, 2021. 456 с.



#### **References**

1. Bulygin E.V. (2016) Selected writings in theory and philosophy of law. Saint Petersburg: Alef-Press, 559 p. (in Russ.)
  2. How logic is possible in the law? (2021) Ed. by M. Antonov, E. Lisanyuk, E. Tonkov. Saint Petersburg: Aleteya, 456 p. (in Russ.)
- 

#### **Информация об авторе:**

Л.Т. Рыскельдиева — профессор, доктор философских наук.

#### **Information about the author:**

L.T. Ryskeldieva — Professor, Doctor of Sciences (Philosophy).

Статья поступила в редакцию 25.01.2022; одобрена после рецензирования 17.03.2022; принята к публикации 12.05.2022.

The article was submitted to the editorial office 25.01.2022; approved after reviewing 17.03.2022 accepted for publication 12.05.2022.

## 1/2022

---

### Правовая мысль: история и современность

**Э.В. Талапина**

Обработка данных при помощи искусственного интеллекта  
и риски дискриминации 4

**И.А. Усенков**

Национальное мягкое право как правовой феномен и инструмент  
повышения стабильности законодательства 28

**Н.В. Буштец**

Понятие и структура уголовно-организационных отношений 59

### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

**Е.В. Михайлова**

Досудебный порядок урегулирования спора в системе защиты  
гражданских прав 80

**М.Г. Степин**

Особенность договора страхования в качестве непоименованного способа  
обеспечения исполнения обязательств по российскому праву 96

**Б.Я. Гаврилов, В.А. Крымов, Ю.В. Шпагина**

Уголовный проступок: новые грани российского законодательства 115

**В.В. Бальжинимаева**

Юридическое лицо как средство, способ и орудие совершения преступления 140

**А.Г. Репьев, И.Н. Сенякин**

Правовая категория «преимущественная обязанность»:  
теория, законодательство, практика 164

**Ю.Н. Величинская**

Принципы права: проблемы применения 180

### Право в современном мире

**О.В. Кадышева**

Роль консультативных заключений в международном правосудии  
и в практике Суда ЕАЭС 208

**В.Г. Истомина**

Защита прав субъектов от нарушений антимонопольного законодательства  
в порядке гражданского судопроизводства в США 232

**Legal Thought: History and Modernity**

<b>E.V. Talapina</b> Artificial Intelligence Processing and Risks of Discrimination	4
<b>I.A. Usenkov</b> National Soft Law as a Legal Phenomenon and a Tool for Increasing Stability of Legislation	28
<b>N.V. Bushtets</b> The Concept and Structure of Criminal-Organizational Relations	59

**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

<b>E.V. Mikhailova</b> Pre-trial Procedure for Resolving a Dispute in the System of Protection of Civil Rights	80
<b>M.G. Stepin</b> The Peculiarity of the Insurance Contract as an Unnamed Way of Ensuring the Fulfillment of Obligations in Russian Law	96
<b>B.Ya. Gavrilov, V.A. Krymov, Y.V. Shpagina</b> Criminal Misconduct: New Facets Of Russian Legislation	115
<b>V.V. Balzhinimaeva</b> Legal Entity as a Means, a Method, an Instrument of Committing a Crime	140
<b>A.G. Repev, I.N. Senyakin</b> Legal Category "Priority Duty": Theory, Legislation, Practice	164
<b>Y.N. Velichinskaya</b> Principles of Law: Problems of Enforcement	180

**Law in the Modern World**

<b>O.V. Kadyшева</b> The Role of Advisory Opinions in International Justice and in the Practice of the EAEU Court	208
<b>V.G. Istomin</b> Protecting the Rights of Subjects from Antitrust Violations in the United States in Civil Proceedings	232

**Правовая мысль: история и современность**

**А.В. Кнутов, С.М. Плаксин, Р.Х. Синятуллин, А.В. Чаплинский**  
«Регуляторная гильотина» в России и ее количественные результаты 4

**Д.Б. Горохов**  
О правотворчестве в сфере природопользования:  
в чем заключаются истинные «особенности национальной охоты» 28

**А.Н. Пилипенко**  
Легистика: прикладная наука и практика (зарубежный опыт) 60

**Н.С. Васильева**  
Проблема действительности и действенности международного права  
в концепции Альфа Росса 85

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии**

**С.А. Мосин**  
Свойства принципа конституционности деятельности субъектов  
правоотношений 105

**О.В. Гутников**  
Классификация юридических лиц в современном корпоративном праве:  
организационно-правовые формы и критерии их разграничения 128

**Т.П. Подшивалов**  
Прогибиторный иск: прошлое, настоящее и будущее 164

**Т.Ю. Лузянин**  
Юридический состав сделок в трудовом праве 187

**Право в современно мире**

**М. Штёбер**  
Значение фундаментальных свобод ЕС для налогового права ФРГ и ЕС 216

**Я. Даудрих**  
Правовой статус эмитентов криптоактивов с точки зрения проекта  
регламента MICA 244

**Legal Thought: History and Modernity**

**A.V. Knutov, S.M. Plaksin, R.Kh. Sinyatullin, A.V. Chaplinskiy**  
Regulatory Guillotine in Russia and its Quantitative Results 4

**D.B. Gorokhov**  
On Law-Making in the Field of Nature Management: what Are True “Features of National Hunting” 28

**A.N. Pilipenko**  
Legistics: Applied Science and Practice (Foreign Experience) 60

**N.S. Vasilyeva**  
The Problem of Legal Validity and Efficacy of International Law in Alf Ross’s Legal Thinking 85

**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

**S.A. Mosin**  
Properties of the Principle of Constitutionality of Subjects of Legal Relations Activities 105

**O.V. Gutnikov**  
Classification of Legal Entities in Modern Corporate Law: Organizational Forms and Criteria for their Differentiation 128

**T.P. Podshivalov**  
The Actio Prohibitoria: Past, Present, and Future 164

**T.Yu. Luzyanin**  
Legal Structure of Transactions in Labor Law 187

**Law in the Modern World**

**M. Stöber**  
The Significance of the Fundamental Freedoms of the European Union for German and European Tax Law 216

**Y. Daudrikh**  
Legal Status of Issuers of Crypto Assets in the Light of the Project of MICA Regulation 244

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии**

**О.С. Гузеева**

Конституционные основы понимания уголовного наказания в системе мер  
противодействия преступлениям 4

**М.А. Филатова**

Проблемы толкования признаков злоупотребления в сфере государственных  
и муниципальных закупок 28

**А.А. Волос**

Цифровизация общества и объекты наследственного правопреемства 51

**А.В. Ефимов**

Экономическая деятельность и правовое положение юридических лиц 72

**А.Б. Зеленцов, О.А. Ястребов**

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

**I.V. Panova, A.A. Zaraiskiy**

Administrative Justice 132

**E.V. Ryabova, V.A. Machekhin**

Taxation of Self-Employed in Russia: Potential Discrimination 149

**Д.Л. Комягин**

Новое единство кассы и реформа кассового устройства в России 173

**Ю.С. Ромашев**

Международный обычай в российской правовой системе 195

**Право в современном мире**

**А.Н. Сквозников**

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

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

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

**Рецензия**

**Ю.Г. Арзамасов, В.А. Назайкинская**

Рецензия на монографию «Смена технологических укладов и правовое  
развитие России» 278

**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

**O.S. Guzeeva**

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

**M.A. Filatova**

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

**A.A. Volos**

Digitalization of Society and Objects of Hereditary Succession 51

**A.V. Efimov**

Economic Activities and Status of Legal Entities 72

**A.B. Zelentsov, O.A. Yastrebov**

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

**I.V. Panova, A.A. Zaraiskiy**

Administrative Justice 132

**E.V. Ryabova, V.A. Machekhin**

Taxation of Self-Employed in Russia: Potential Discrimination 149

**D.L. Komyagin**

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

**Yu.S. Romashev**

International Custom in the Russian Legal System 195

**Law in the Modern World**

**A.N. Skvoznikov**

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

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

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

**Book Review**

**Yu.G. Arzamasov, V.A. Nazaikinskaya**

Review of the Monograph "Changing Technological Patterns and Legal Development of Russia" 278

**Журнал учрежден** в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

**Главные задачи:**

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

**Основные темы:**

Правовая мысль (история и современность)  
Портреты ученых-юристов  
Российское право: состояние, перспективы, комментарии  
Судебная практика  
Право в современном мире  
Реформа юридического образования  
Научная жизнь  
Дискуссионный клуб  
Рецензии

**Журнал рассчитан** на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

**Журнал включен** в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

**Журнал выходит** раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science**. Журнал внесен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale.

# АВТОРАМ

## Требования к оформлению текста статей

**Представленные статьи** должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

### Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

**При наборе текста** необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

### Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

### Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

### Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

**Сведения, содержащиеся в заглавии статьи**, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

**Исторические справки**, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

### Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

### Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

### Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

### Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

**Статьи рецензируются.** Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

**Плата с аспирантов** за публикацию рукописей не взимается.

**Для ЗАМЕТОК**

---

Свидетельство о регистрации средства массовой информации  
«Право. Журнал Высшей школы экономики»  
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.  
выдано Федеральной службой по надзору  
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Р.С. Рааб*  
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*  
Художник *А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*  
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 16.11.2022. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 16,25. Тираж 250 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,  
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42