

# Право

## Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

## Редакционная коллегия

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

## Главный редактор

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

## Адрес редакции

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

## Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2021

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

### 3/2021



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

### Правовая мысль: история и современность

**В.В. Лапаева**

Право техногенной цивилизации перед вызовами технологической дегуманизации . . . . . 4

**И.А. Минникес, И.В. Минникес**

Аутентическое (авторское) толкование: теоретико-правовой и конституционно-правовой аспекты. . . . . 36

### Российское право:

состояние, перспективы, комментарии

**Д.Г. Бачурин**

Диалектика противоречий в правовом регулировании налогообложения добавленной стоимости . . . . . 56

**С.А. Ядрихинский**

Принцип пропорциональности как инструмент достижения баланса интересов в налоговых отношениях: проблемы теории и правоприменительной практики в России и за рубежом . . . . . 82

**Е.А. Русскевич, И.И. Малыгин**

Преступления, связанные с обращением криптовалют: особенности квалификации . . . . . 106

**Е.В. Зайнутдинова**

Модели правового регулирования смарт-контракта: общее и особенное . . . . . 126

### Право в современном мире

**Ю.С. Ромашев**

Общие принципы права в системе международного права. . . . . 148

**А.И. Щукин**

Специализированные государственные суды — актуальный форум разрешения международных коммерческих споров . . . . . 175

**И.В. Ирхин**

Раннее предупреждение как инструмент контроля принципа субсидиарности в законодательном процессе Европейского союза (региональное измерение) . . . . . 208

**И.Ю. Богдановская**

Конституционно-правовые последствия брекзита: суверенитет парламента или народа? . . . . . 231

### Рецензии

**М.В. Антонов**

Ганс Кельзен: перипетии творческой биографии . . . . . 254

# Law

## JOURNAL

### OF THE HIGHER SCHOOL

### OF ECONOMICS

#### Publisher

National Research  
University Higher School  
of Economics



ISSUED QUARTERLY

#### Editorial Board

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

#### Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya  
(HSE, Russian Federation)

#### Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitelsky Per.,  
Moscow 109028, Russia

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

#### Legal Thought: History and Modernity

**V.V. Lapaeva**

The Law of a Technogenic Civilization to Face Technological Dehumanization Challenges. . . . . 4

**I.A. Minnikes, I.V. Minnikes**

Authentic (Author's) Interpretation: Theoretical-Legal and Constitutional-Legal Aspects . . . . . 36

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

**D.G. Bachurin**

Dialectics of Contradictions in Legal Regulation of Value Added Taxation . . . . . 56

**S.A. Yadrikhinskiy**

Proportionality Principle as a Tool for Achieving Balance of Interests in Tax Relations: Theory and Law Enforcement in Russia and abroad . . 82

**E.A. Ruskevich, I.I. Malygin**

Crimes Related to Cryptocurrencies: Features of Qualification . . . . . 106

**E.V. Zainutdinova**

Models of Legal Regulation of Smart Contract: Generalities and Specifics . . . . . 126

#### Law in the Modern World

**Yu.S. Romashev**

General Principles of Law in the System of International Law . . . . . 148

**A.I. Schukin**

Specialized State Courts — a Relevant Forum for Resolving International Commercial Disputes . . . . . 175

**I.V. Irkhin**

Early Warning Mechanism as Control Tool Compliance with the Principle of Subsidiarity in Legislative Process of the European Union (Regional Dimension) . . . . . 208

**I. Yu. Bogdanovskaya**

Constitutional Law Consequences of Brexit: Sovereignty of Parliament or of People? . . . . . 231

#### Book Review

**M.V. Antonov**

Twists and Turns of Hans Kelsen's Biography. . . . . 254

---

# Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

---

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

**The objectives of the journal include:**

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

**The following key issues are addressed:**

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

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

**The journal** is 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

# Право техногенной цивилизации перед вызовами технологической дегуманизации



**В.В. Лапаева**

Главный научный сотрудник, сектор философии права, истории и теории государства и права Института государства и права РАН, доктор юридических наук. Адрес: 119019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, 10. E-mail: lapaeva07@mail.ru



## Аннотация

Право как система норм, основанных на принципе формального равенства людей в свободе, — это социальный феномен, имманентно присущий техногенной цивилизации, в культурную матрицу которой изначально заложен своего рода «ген» технэ (умения, основанного на знаниях). Специфику современного этапа развития техногенной цивилизации определяют НБИК-технологии, которые несут в себе не только грандиозные возможности повышения качества жизни человека, но и не менее масштабные опасности дегуманизации, обусловленные их интенцией на постчеловеческую перспективу развития. Необходимость противостоять разрушительному потенциалу этих технологий с тем, чтобы сохранить техно-гуманитарный баланс, до сих пор удерживающий человечество от самоуничтожения, требует мобилизации всех социо-нормативных ресурсов, важнейшим из которых является право. Однако проблема в том, что современное право, будучи прежде всего системой прав человека, не в состоянии предотвратить угрозы будущим поколениям и человечеству в целом. Это особенно прослеживается на примере исследований и технологий наследуемого редактирования генома человека, развитие которых не удается направить в русло глобальной правового регулирования. Действующие в настоящее время международные нормы «мягкого права» и механизмы саморегулирования внутри мирового научного сообщества уже не могут сдерживать опасную технологическую экспансию в природу человека. Попытка решить проблему на путях постсекулярного поворота в расчете на то, что религиозное сознание станет тем спасительным духовным ресурсом, который поможет человечеству удержать свое технологическое могущество в надлежащих границах, вряд ли увенчается успехом в силу различий религиозных антропологий, присущих разным типам религиозного мировоззрения. Поэтому задача состоит в выработке нового подхода к пониманию права, выходящего за рамки духовной матрицы техногенной цивилизации, который, с одной стороны, сохранил бы базовые гарантии индивидуальной свободы, а с другой — интегрировал в себя идею прав будущих поколений.



## Ключевые слова

право, техногенная цивилизация, НБИК-технологии, редактирование генома человека, искусственный интеллект, дегуманизация, права человека, солидарность, будущие поколения.

**Для цитирования:** Лапаева В.В. Право техногенной цивилизации перед вызовами технологической дегуманизации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 4–35.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.4.35

## **Введение: определение понятий и теоретико-методологических оснований анализа**

Формулировка темы включает понятия, нуждающиеся в пояснениях. Это прежде всего относится к понятию техногенной цивилизации, предложенного академиком В.С. Степиным в рамках разработанной им типологии, которая охватывает два основных типа цивилизаций — традиционалистский и техногенный. Характерными отличиями техногенной цивилизации, в культурную матрицу которой изначально заложен своего рода «ген» технэ (т.е. творческого умения, основанного на знании), являются: понимание человека как творца, преобразующего окружающий мир; признанный в качестве идеала прогресс, трактуемый как приоритет инноваций над традициями; отношение к природе как к объекту преобразований и резервуару ресурсов для деятельности; культ научной рациональности; идеал автономной личности; идея власти как господства человека не столько над человеком, сколько над природными и социальными объектами [Степин В.С., 2017: 185].

Если попытаться выделить из этого перечня главный (сущностный, смыслообразующий) признак, то следует, по-видимому, признать, что таким признаком техногенной цивилизации «является ее инновационность, постоянный и все ускоряющийся поток научно-технических нововведений, выступающих базисом и матрицей всеобщих изменений» [Маслов В.М., 2014: 871–875]. Современная техногенная цивилизация с ее ярко выраженной инновационной интенцией определяет магистральный путь развития человечества, в который с разной степенью успеха встраиваются страны и регионы мира, тяготевшие ранее к традиционалистской цивилизационной модели.

Требуется пояснения и понятие «право», традиция теоретического осмысления которого представлена огромным числом концепций правопонимания. Мы будем исходить из обоснованного академиком В.С. Нерсесянцем понимания права как системы норм, выражающих сущностный правовой принцип формального равенства — равенства людей в их в свободе [Нерсесянц В.С., 2002: 3–15]. Именно этот подход в наибольшей степени соответствует социальному феномену, который можно обозначить как право техногенной цивилизации: ведь творческая свобода человека является, в конечном итоге, главным ресурсом научно-технологического прогресса. В отличие от иных нормативных систем (морали, религии, обычаев), которые

по своей природе тяготеют к традиционалистской цивилизации, право как мера свободы человека — это и продукт техногенной цивилизации, и стимул для ее развития, и гарант ее безопасности.

Различный смысл зачастую вкладывается и в понятие «технология», его современное научное употребление очень далеко ушло от значения данного термина, предложенного в Рекомендациях ЮНЕСКО о статусе научно-исследовательских работников (1974), где сказано, что «слово «технология» означает знания, которые относятся непосредственно к производству или улучшению качества товаров и услуг»<sup>1</sup>. В настоящее время технологиями, как правило, считаются все способы деятельности (включая также и социальные технологии), с помощью которых человек стремится преобразовывать окружающий мир или манипулировать им. Однако в рамках данного анализа речь пойдет лишь о так называемых высоких технологиях, входящих в систему НБИК-конвергенции, поскольку именно нано-, био-, инфо- и когно- технологии в своем синергетическом единстве определяют суть и специфику современного этапа развития техногенной цивилизации.

Что касается термина «технологическая дегуманизация», то он в силу его понятийной неразработанности и многозначности исходного понятия «дегуманизация» [Haslam N., 2006: 252–264] нуждается в гносеологической легитимации. Введение в научный оборот соответствующего понятия необходимо для осмысления качественно нового, постчеловеческого по своей направленности характера высоких технологий XXI века, которые меняют не только внешнюю по отношению к человеку среду, но и самого человека — его сознание, его психические и физические характеристики. Достигая позитивных результатов в лечении, повышении качества жизни и в спасении жизни отдельного человека, эти технологии, вторгающиеся в природу человека, на общечеловеческом уровне чреваты накоплением груза дегуманизации.

Осмысление права как феномена техногенной цивилизации включает в себя анализ права как важнейшего соционормативного гаранта безопасности технологического развития. Для раскрытия роли и значения права в качестве внутреннего защитного механизма техногенной цивилизации целесообразно опираться на разработанную А.П. Назаретяном концепцию техно-гуманитарного баланса. По этой концепции чем выше мощь созданных человеком военных и производственных технологий, тем более совершенные средства культурной (и прежде всего соционормативной) регуляции необходимы для сохранения социума. Культура, пишет он, «проходя через горнило драматических катаклизмов, совершенствовала контроль над естественными импульсами агрессии и тем самым адаптировала человека к растущему инструментальному могуществу». Идея сформулирована и вери-

---

<sup>1</sup> Available at: URL: <http://www.docs.cntd.ru/document/902084640> (дата обращения: 27.03.2021)

фицирована им на базе исторического анализа причин антропогенных кризисов и катастроф, сопровождавших всю историю развития человечества, а также расчета динамики коэффициента кровопролитности (т.е. отношения среднего числа убийств к численности населения в единицу времени), которая демонстрирует устойчивую тенденцию к снижению по мере совершенствования военных технологий и роста демографической плотности населения. Проведенный им анализ показывает, что сообщества, сумевшие мобилизовать гуманистические начала разума, чтобы обезопасить разрушительный потенциал антигуманистической рациональности, выходили победителями в исторической конкуренции, а остальные «выбраковывались из исторического процесса, разрушив природные и/или организационные основы своего существования» [Назаретян А.П., 2015: 107, 116].

В ситуации, когда «захватывающие дух скорости технологического развития, которое может очень легко выйти из-под контроля» [Weizsäcker E., Wijkman A., 2018: 6], становятся, как говорится в юбилейном докладе Римского клуба, все более глубокой и системной проблемой современного общества. Со всей остротой встает вопрос о принципиальной возможности (или невозможности) техногенной цивилизации справиться с этой проблемой собственными ресурсами. Поскольку по мере цивилизационного развития и возрастания, с одной стороны, потребности в творческой свободе, а с другой — масштабов техногенных угроз, право все в большей степени брало на себя основную регулятивную нагрузку, оттесняя при этом иные соционормативные регуляторы, то вопрос, который находится сейчас в повестке дня, звучит так: можно ли за счет правовых инструментов предотвратить опасные человечеству последствия технологической дегуманизации? Именно под таким углом зрения мы и будем рассматривать заявленную тему. При этом главная проблема заключается в том, что право, будучи по природе своей порождением техногенной цивилизации, несет в себе ее основные риски. Если, согласно известной теореме К. Геделя, невозможно дать полное и непротиворечивое описание какой-либо системы, не выходя за ее рамки, то уместно поставить вопрос: можно ли решить проблемы системы, используя лишь имманентные ей ресурсы?

## **1. Право как феномен техногенной цивилизации**

Чтобы понять природу права как феномена техногенной цивилизации, необходимо обратиться к истокам его зарождения и формирования. В контексте рассматриваемой нами темы главной проблемой применительно к генезису права является вопрос, было ли право уже на этапе своего генезиса результатом социального творчества человека (и тогда мы действительно можем утверждать, что право — это феномен творчески ориентированной,

инновационной по своей внутренней интенции техногенной цивилизации), или право возникло как «естественное», извне предданное человеку, исходное для данного места и времени начало, которое, как считают приверженцы юснатурализма, «является единственным и безусловным первоисточником правового смысла и абсолютным критерием правового характера всех человеческих установлений» [Нерсисянц В.С., 2006: 794].

При рассмотрении проблемы мы будем исходить из того, что трактовка права как особого социального явления, выражающего определенную сущность, означает, что с момента своего зарождения право уже обладало этой сущностной особенностью [Нерсисянц В.С., 2006: 63]. Это значит, что (вопреки распространенным представлениям) право не было частью синкретичной мононормы, из которой выростала система отношений первобытного общества, включающая зачатки права, морали, религии, а также родовые обычаи. Такая логика осмысления процесса генезиса права находит подтверждение в работах целого ряда антропологов, отличающих право как изначально социальное явление от естественно сложившихся обычаев, регулирующих кровнородственные отношения. При этом они отмечают принципиально важный для нашего анализа одновременный характер зарождения социогенеза и правогенеза. С позиций такого подхода зарождение правового равенства связывается вовсе не с «братским» характером раздела пищи внутри родовой общины, а с социальными по природе механизмами сдерживания полового инстинкта, такими как формирование внутригруппового табу на инцест, обеспечение этого табу путем создания дуальной родовой общины и построения системы матримониального обмена между двумя ее частями, выступающими в качестве исторически первых субъектов равноправного общения<sup>2</sup>.

Этот первый в истории человечества акт социальной инженерии, явившийся итогом колоссального напряжения интеллектуальных и волевых усилий первобытного человека, стал, по мнению К. Леви-Строса, первым шагом на пути перехода проточеловека от природного мира к социальному: «Запрет на инцест ... есть базис человеческого общества» [Леви-Строс К., 1985: 19]. Табу на инцест позволило нивелировать угрозу самоуничтожения зарождающегося человечества, обусловленную отсутствием у человека как особого биологического вида инстинктивных блокираторов внутривидовой агрессии<sup>3</sup>, и

---

<sup>2</sup> Речь идет о разделении родовой общины на две равноценные части и о формировании практики обмена между ними так называемыми «брачными партнерами», в основном — невестами.

<sup>3</sup> Данная особенность человека как биологического вида могла бы, по мнению выдающегося этолога К. Лоренца, стать источником гибели, если бы человеческий разум не оказался способным блокировать ее последствия. См.: [Лоренц К., 1994: 200–220].

предотвратить самоуничтожение членов рода в борьбе за реализацию полового инстинкта.

Другим итогом введения этого табу стало создание коллективных субъектов взаимодействия, коммуницирующих друг с другом на началах формального равенства сторон. «Социальная жизнь дуально-родовой системы опиралась на равновесие между родами. Его сохранение представляло собой условие существования общности. Каждый род считал своего контрагента *другим, но равным*. ... Способов удержания в повиновении одной группы другой не было выработано, и попытка сместить равновесие в пользу одного из родов была бы губительной для общности» [Шалютин Б.С., 2011: 18]. Формирование дуальной структуры родовой общины стало главным движущим фактором как социогенеза (поскольку это обеспечило каждую из групп сообществ коллективным образом Другого, необходимым для формирования ее собственного группового самосознания), так и правогенеза (поскольку в процесс правового по своей сути обмена приобретался и обогащался опыт правовой коммуникации зарождающегося человечества).

Понимание права как результата творческих усилий человека по сдерживанию разрушительной агрессии, заложенной в его биологическую природу, разумеется, не отрицает уже доказанного биологами [De Waal F., Ober J., 2006: 140-160] и эволюционными психологами факта, что в генетическую природу человека в ходе эволюции были заложены начала эмпатии и взаимности. Более того, эти генетические предпосылки как раз и обеспечили возможность рационального, т.е. сознательно основанного на принципе взаимности подхода к решению проблемы внутривидовых конфликтов. Такое характерное для биосоциальной эволюции взаимопроникновение природных и социальных начал позволяло решать сложнейшие задачи эволюции, связанные с необходимостью, с одной стороны, сохранить присущее человеку свойство внутривидовой агрессии, которое, по мнению специалистов, является важнейшим источником творческой энергии человеческой личности, а с другой стороны, блокировать его наиболее опасные проявления. Но отсюда вовсе не следует естественный характер прав человека, как полагает, в частности, Ф. Фукуяма. В состоянии подобной естественности человек еще не отличался от животного: он стал человеком именно благодаря сознательному творческому усилию, направленному на преодоление своих природных инстинктов.

Несмотря на универсальность начального этапа социогенеза, являвшегося одновременно и правогенезом, дальнейшее развитие права как носителя и выразителя творческих начал человека в разных регионах мира было отнюдь не равномерным. В силу целого ряда исторических причин формирование общественных устоев, основанных на принципе формального равенства людей в их свободе, получило наибольшее развитие в за-

падноевропейском регионе, где оно явилось важным фактором зарождения техногенной цивилизации. Большую роль в становлении техногенной цивилизации сыграла античная философия, заложившая основы рационалистической европейской культуры с ее ориентацией на творческую, преобразовательную деятельность человека, и христианской духовной традиции, которая «выступила своеобразным опосредующим звеном между античной и новоевропейской культурой» [Степин В.С., 2011: 254].

Ключевую роль здесь сыграл заложенный в духовную матрицу Запада христианский догмат о человеке как существе, созданном по образу и подобию Творца, который в его католической трактовке выражал стремление человека постичь Бога через познание сотворенного по его образу человека. В этом моменте западное богословие существенно отличается от восточной традиции осмысления догмата о богоподобии человека, которая исходит «из того, что Откровение говорит нам о Боге, а только затем переходит к человеку и находит в нем то, что соответствует образу Бога», вследствие чего человеческий образ остается «непознаваем, ибо отражая полноту своего Первообраза, он должен также обладать и Его непознаваемостью» [Синельников С.П., 2010]. Католическая идея познаваемости Бога через человека, а также возможность трактовать человеческую деятельность как «своеобразное подобие в малых масштабах актов творения» [Степин В.С., 2011: 256], нашла затем развитие в философии протестантизма. Сложившиеся таким образом мировоззренческие основы способствовали формированию в западном сообществе идеи свободы людей в их общественной жизни, в то время как православное христианство ориентировало человека преимущественно на духовную свободу от греха [Синченко Г.Ч., 2000: 16].

Западная традиция толкования христианского догмата о богоподобии человека была усилена представлениями о рациональности Творца, «даровавшего своему Творению внутренне согласованные физические законы» [Вудс Т., 2010: 87]. И хотя гордая формула П. Абеляра «понимаю, чтобы верить», противостоявшая принятому в его эпоху концепту «верю, чтобы понимать», трудно пробивала себе дорогу [Левандовский А.П., 2005: 6–13], в конце концов она закрепились в духовной матрице Запада, что обеспечило наиболее благоприятные предпосылки для развития науки. Другим важным фактором, действовавшим в этом направлении и также тесно связанным с упомянутым христианским догматом, стала идея равенства между людьми, выходящая далеко за рамки ограниченного равенства свободных граждан полиса, которое знала эпоха античности. Это способствовало существенно усилению права как нормативного регулятора, основанного на принципе равенства людей в их свободе, которое, начиная с Нового времени, все более уверенно оттесняло религию и мораль с ведущих позиций в системе соционормативной регуляции. Правовой вектор развития человечества,

обозначенный в социальной практике и обоснованный в учениях философов Нового времени, которые видели источник естественного права «уже не в универсальном законе природы или в божественном разуме, а в самой природе человека» [Ромашов Р.А., 2021: 16], обеспечил простор творческой свободе человека, необходимой для научно-технического, а затем и научно-технологического прогресса.

При этом право не только создавало условия для развития науки и технологий: реализуя свою изначальную интенцию, оно продолжало служить фактором преодоления опасности самоуничтожения человечества в результате очередного прорыва в сфере техники и технологий. На протяжении всей истории формирования и развития техногенной цивилизации возрастающая мощь создаваемых технологий компенсировалась совершенствованием соционормативных (прежде всего религиозных, моральных и правовых) регуляторов, что позволяло сохранять необходимый техно-гуманитарный баланс, удерживающий ее от гибели. Выразительным примером такой спасительной трансформации соционормативных регуляторов является обретение Европой по итогам Тридцатилетней войны (1618–1648) религиозной терпимости. Отсюда, по мнению П. Рикера, берет свои истоки идеология либерализма, в русле которой идея терпимости, провозглашенная в Новом завете устами апостола Павла, «утверждается как позитивная ценность более высокого ранга, нежели не сводимые друг к другу религиозные верования» [Рикер П., 2005: 81]. Не менее важным итогом этой затяжной и кровопролитной войны стало утверждение Вестфальского принципа национального суверенитета, обозначившего новую эпоху в развитии международного права. Внутригосударственные социальные конфликты этого периода становления капитализма также находили решение в русле правового подхода, способствовавшего слому сословных перегородок и высвобождению созидательной энергии зарождающейся буржуазии.

Французская Декларация прав человека и гражданина (1789), ставшая вехой на пути правового развития, также может быть отчасти отнесена к последствиям Тридцатилетней войны: как писал Н.А. Бердяев со ссылкой на Г. Еллинека, «декларация эта началась в религиозных общинах Англии и имела своим источником религиозное сознание свободы совести и безусловного значения человеческого лица, ограничивающего всякую власть государства. Из Англии Декларация прав человека и гражданина была перенесена в Америку, а затем уже во Францию» [Бердяев Н.А., 1990: 288]. Применительно к Америке речь идет о принятом в 1776 г. народными представителями Вирджинии Билле о правах, который в контексте нашего анализа заслуживает особого внимания, поскольку в этом первом историческом документе, позитивировавшем естественные права человека, была сформулирована идея прав будущих поколений, значение которой в полном ее объеме

становится понятным только сейчас — в свете появления технологий, способных вторгаться в природу человека. Первая статья Билля гласила: «Все люди по природе своей в равной мере свободны и независимы и обладают от века правами, которых, став членами общества, они не вольны лишать потомство свое по стовору в том с другими ...»<sup>4</sup>. Реализация идей, заложенных в эти эпохальные по своему значению акты народного волеизъявления, способствовала становлению современной системы права как нормативной формы свободы человека и правовой демократии как институциональной формы свободы: «В 1809 году Швеция, а в 1815 году Голландия последовали примеру Англии, включив концепцию естественных прав в конституцию монархического государства; другие страны установили республиканский строй по примеру Америки, где республика открыто взяла на себя роль защитника естественных прав человека» [Крэнстон М., 1975: 12].

В XX в. мощные импульсы формированию системы международного права дали две мировые войны, уроки которых нашли отражение в Статуте Лиги Наций (1919), Парижском договоре «Об отказе от войны в качестве орудия национальной политики» (1928), в Уставе ООН (1945), закрепившем запрет войны как средства разрешения спора и возможность применения вооруженной силы в качестве санкции Совета Безопасности ООН. Существенное значение для укрепления правовых начал общественной и государственной жизни имело также осмысление в этот период антиправового опыта тоталитарных режимов, что способствовало принятию Всеобщей декларации прав человека (1948) и конкретизирующих ее международных пактов. Сформулированный в указанных документах каталог прав человека нашел отражение в послевоенных конституциях многих государств. Мировоззренческую основу данного каталога составляет комплекс гуманистических ценностей естественного права, сложившихся в результате слияния античной традиции понимания права как справедливого воздаяния равным за равное и морально-христианской трактовки справедливости как милосердия<sup>5</sup>. При всем несомненном обновлении естественно-правовой доктрины на современном этапе ее развития<sup>6</sup> она сохраняет в себе внутренне противоречивое соединение этих разных регулятивных принципов<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Available at: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights> (дата обращения: 10.01.2020)

<sup>5</sup> Показательно, что ряд западных авторов характеризуют провозглашенные во Всеобщей декларации права человека как «моральные права» [Крэнстон М., 1975: 97].

<sup>6</sup> «Юснатурализм сегодня... отказался от чрезмерной аксиоматичности и прямолинейности, но не утратил потенцию развития в своей традиции» [Ромашов Р.А., 2021: 51].

<sup>7</sup> Наиболее ярко это проявляется в такой трактовке права на жизнь, которая исключает смертную казнь.

До сих пор человечеству удавалось в рамках международно-правовых договоренностей об ограничении таких видов оружия массового уничтожения, как ядерное, химическое, биологическое, радиологическое и т.д. удерживать ситуацию под контролем. Однако в современных условиях эти межгосударственные договоренности уже не могут служить гарантией безопасности, поскольку появляются новые субъекты, овладевающие технологиями производства оружия массового уничтожения. Технологии являются такой формой знания и умения, тиражирование которой обходится гораздо дешевле ее создания. По мнению специалистов, занимающихся изучением жизнеспасающих технологий, эта особенность превращает технологии в своего рода переносчик коллективного взаимодействия, который выступает в качестве главного двигателя истории [Подлазов А.В., 2018: 39–63]. Но эта же особенность делает подобные технологии легкодоступными средствами разрушения жизни. Данное обстоятельство становится особенно опасным в ситуации нынешней поляризации богатства<sup>8</sup>, когда отдельные корпорации и даже индивиды получили возможность распоряжаться неподконтрольными обществу ресурсами, «не уступающими тем, которыми обладают государственные структуры, а то и превосходящими их»<sup>9</sup>.

Наиболее ярким проявлением этой опасности является международный терроризм. Глобальная террористическая угроза поставила перед человечеством крайне сложную моральную дилемму, выраженную через столкновение, с одной стороны, идеи права как формы свободы, изначально заложенной в духовную матрицу техногенной цивилизации, а с другой — необходимости ограничения этой свободы для обеспечения безопасности. Если раньше эту извечную проблему человечества каждый решал сам, то в современном обществе глобального риска ее решение в значительной мере перешло в публично-правовое пространство. При этом вопрос, на который нужно отвечать, звучит следующим образом: правомерно ли ограничивать свободу тех, кто для ее сохранения готов рисковать своей безопасностью, чтобы гарантировать безопасность тех, кто не хочет рисковать? Этот выходящий далеко за рамки проблемы терроризма вопрос, на который современное общество пока не нашло ответа, предельно обострился в условиях пандемии COVID-19, когда пришлось решать, можно ли «обменять основ-

---

<sup>8</sup> Со времен промышленной революции произошла самая масштабная перестановка экономических позиций населения, по итогам которой верхний 1% богатейших людей планеты и небольшая часть верхних 5% получили значительную выгоду, в то время как следующие 20% получили небольшую выгоду либо столкнулись с тем, что их доходы не менялись» [Миланович Б., 2014: 15].

<sup>9</sup> Новые правила, или игра без правил. Доклад участников XI ежегодного заседания Международного дискуссионного клуба «Валдай». Available at: URL: [http://www.cdnimg.ru/pril/article/109/33/61/BV-2014\\_rus.pdf](http://www.cdnimg.ru/pril/article/109/33/61/BV-2014_rus.pdf) (дата обращения: 10.01.2021)

ные права на охрану здоровья»<sup>10</sup>, если речь идет не только о собственном здоровье.

В контексте рассматриваемой нами темы проблема правового режима в условиях пандемии интересна в связи не столько с такой мерой, как локдауны (о которой развернулась основная правовая полемика), сколько с весьма широким применением государствами средств цифрового отслеживания контактов и наблюдения за здоровьем жителей. Обнаружившиеся при этом простота и действенность такого контроля (особенно далеко продвинулась здесь КНР) создают опасность сохранения его в качестве стандартной практики и в постковидный период. О необходимости противодействия этой опасности с целью защиты прав и свобод человека говорится, в частности, в Совместном заявлении «О защите данных и неприкосновенности частной жизни в условиях борьбы с COVID-19» от 18.12.2020, подписанном рядом организаций системы ООН<sup>11</sup>.

Ярким подтверждением актуальности подобной постановки проблемы является вышедшая в разгар пандемии (летом 2020 г.) книга «COVID-19: The Great Reset» («COVID-19: великая перезагрузка») с участием основателя Всемирного экономического форума К. Шваба, в которой проводится мысль о том, что и после пандемии ничто «не сможет вернуть «сломанное» чувство нормальности, потому что коронавирус знаменует собой фундаментальную поворотную точку нашей глобальной траектории... Мира, каким мы его знали... больше нет, он растворился в пандемии» [Schwab K., Malleret T., 2020: 11]. Пандемия, считает автор, являющийся одним из наиболее влиятельных мировых экспертов, — это «окно возможностей» для создания нового мира, где на смену национальным государствам придут транснациональные компании, которые, по версии К. Шваба, возьмут на себя основной груз социальной ответственности. Чтобы лучше понять, какой мир предлагается построить после «великой перезагрузки» (или, как точнее переводят некоторые авторы — «великого обнуления»), следует обратиться к предыдущей книге К. Шваба — «Четвертая промышленная революция», — в которой он выступает не только как глобалист, но и как трансгуманист. Пандемия, считает автор, ускорила переход техногенной цивилизации к четвертой промышленной революции с ее конвергенцией НБИК-технологий, сулящей человечеству кардинальные перемены.

По-видимому, эта книга, которую многие называют манифестом глобализма, обозначила начало качественно нового этапа развития эпохи поздней

---

<sup>10</sup> Cortés-Arbeláez A. Pandemic and States of Emergency: A Comparative Perspective. 2020. May 22. Цит. по: [Варламова Н.В., 2020: 25].

<sup>11</sup> Available at: <https://reliefweb.int/report/world/joint-statement-data-protection-and-privacy-covid-19-response?> (дата обращения: 22.02.2021)

современности, откровенно очертив в качестве обозримой исторической перспективы зловещие контуры постчеловеческого будущего. Гораздо менее заметным мировым общественным мнением оказалось другое событие последнего десятилетия, которое в контексте нашего анализа генезиса права приобретает не менее зловещий характер. В 2014 г. Национальный этический совет Германии рекомендовал законодателю декриминализировать инцест, сославшись на то, что «фундаментальное право совершеннолетних братьев и сестер на сексуальное самоопределение должно... перевешивать абстрактное понятие „защита семьи“»<sup>12</sup>. Дело, разумеется, не в призыве вывести инцест из-под действия уголовного закона (во многих странах этот вопрос не является предметом уголовно-правового регулирования), а в аргументации, направленной на социальную легитимацию отказа от древнего табу, положившего когда-то начало социальной истории человечества. Содержащаяся в таком подходе интенция на разрушение института семьи изнутри несет в себе заряд дегуманизации, потому что семья — это место, где человек восстанавливает психологические ресурсы, необходимые для сохранения потенциала гуманности, который до сих пор удерживает человеческий род от саморазрушения. Постановка этого вопроса сейчас, судя по всему, не случайна: разрушение фундамента, заложенного эволюцией в человеческую цивилизацию, — одна из предпосылок перехода к постчеловеческому будущему.

## **2. Право перед вызовами технологической дегуманизации**

При всей серьезности обозначенных выше проблем, порождаемых развитием разрушительных технологий, человечеству до сих пор удавалось удерживать спасительный техно-гуманитарный баланс во многом благодаря тому, что опасность отставания гуманитарной составляющей была очевидной. Однако новейшие НБИК-технологии XXI века — прежде всего созидательные, а не разрушительные технологии, с развитием которых связаны надежды на выход из экологического кризиса, переход к персонализированной медицине, увеличение продолжительности жизни, прогресс в самых разных сферах, применяющих технологии искусственного интеллекта, возможность создавать новый мир путем контролируемого манипулирования атомами и молекулами, совершенствовать качество индивидуального и общественного сознания и т.д. Все эти заманчивые перспективы затмевают постчеловеческий

---

<sup>12</sup> Запрет инцеста нарушает право на сексуальное самоопределение. Available at: URL: <https://russian.rt.com/article/51928> (дата обращения: 05.02.2021)

характер подобных технологий, суть которых в том, что «они есть формы, способы воплощения постчеловеческого в жизнь» [Маслов В.М., 2014: 872].

Хотя многие из постчеловеческих проявлений НБИК-технологий пока носят гипотетический характер, некоторые настораживающие моменты уже проявляются на практике. Так, постчеловеческая по своей направленности идея 3D-принтерной нано-печати биологических органов из стволовых клеток остается пока теоретической возможностью, но нано-роботы в медицине — это уже реальность, а, значит, и опасения по поводу их несанкционированного введения в человеческий организм имеют основания. Технологии геномного редактирования эмбрионов, как отмечает одна из авторов его методики лауреат Нобелевской премии Дж. Дудна, еще не могут обеспечить ум и красоту «дизайнерских детей», однако уже сейчас с их помощью можно повысить выносливость организма, способность довольствоваться меньшей продолжительностью сна и т.п.<sup>13</sup>, что дает существенное конкурентное преимущество в жизни. Аналогичным образом можно сказать, что хотя нейротехнологии пока не позволяют контролировать мозговые процессы, однако путем сканирования мозга можно предсказать либеральную или консервативную политическую ориентированность человека с точностью более 70% [Kosinski M., 2021]. Причем связанная с этим опасность цифровой диктатуры вполне может исходить не только от государств, но и от частных лиц.

Кроме того, в обозримой перспективе контроль информации, как говорил израильский историк Ю. Харари в выступлении на Давосском форуме, позволит мировым элитам сделать нечто более радикальное и опасное, чем цифровая диктатура: при помощи биоинженерии и информационных технологий элиты получают возможность знать каждого человека лучше, чем его близкие. «Если не урегулировать этот вопрос, крошечная группа ... будет определять будущее жизни на Земле»<sup>14</sup>. Поскольку на данном этапе постчеловеческий потенциал НБИК-технологий в практической плоскости наиболее очевидным образом проявляется в технологиях искусственного интеллекта (которые трактуются специалистами как метатехнологии НБИК-комплекса) и в биотехнологиях, связанных с редактированием генома человека, то далее мы остановимся на этих направлениях современной технонауки.

Термином «искусственный интеллект» (ИИ) обозначаются «технологические системы, способные обрабатывать информацию способом, напоминающим разумное поведение и включающим, как правило, такие аспекты, как рассуждение, обучение, распознавание, прогнозирование, планирование и

---

<sup>13</sup> Available at: URL: <http://www.batrachospermum.ru/2020/10/daudna-genomes-ethics/> (дата обращения: 11.01.2021)

<sup>14</sup> Available at: URL: <https://trends.rbc.ru/trends/futurology/5e2ef4499a79474925acdf08> (дата обращения: 11.01.2021)

контроль»<sup>15</sup>. Дегуманизирующее влияние технологий ИИ обычно связывают с тремя моментами: с опасностью утраты контроля за функционированием систем ИИ со стороны человека; с возможностью создания ИИ, запрограммированного на причинение умышленного вреда; с риском дискриминации различных социальных групп, которая может быть встроена «в алгоритмы через отражение (осознанных или неосознанных) предубеждений программистов<sup>16</sup> либо предрассудков, заключенных в предыдущих решениях» [О’Салливан С., 2019: 9].

Причем все эти опасности, каждая из которых в отдельности может пока казаться не столь очевидной, объединившись в какой-то одной технологии, уже сейчас становятся угрозой основам человеческого общежития. Один из таких примеров — технологии ИИ по распознаванию эмоций. Как показывает опыт Китая, анализу которого посвящен недавний доклад британской правозащитной группы «Article 19», внедрение этих технологий начинается с безобидной на первый взгляд помощи работе правоохранительных органов, однако очень быстро они расширяют сферу своего воздействия под давлением огромной заинтересованности как государственных, так и коммерческих структур<sup>17</sup>.

При всем обилии общественных и научных дискуссий по этико-правовым проблемам ИИ, внимание к которым в последние годы резко возросло, специалисты отмечают, что общемировой проблемой является ныне «практически полное отсутствие нормативного правового регулирования и нормативного технического регулирования основ, условий и особенностей разработки, запуска в работу, функционирования и деятельности, интеграции в другие системы и контроля применения технологий искусственного интеллекта» [Понкин И.В., Редькина А.И., 2018: 93]. Более того, не выработаны пока и надлежащие этические рекомендации международного уровня. Поэтому в марте 2020 г. по инициативе ЮНЕСКО была создана группа экспертов для подготовки проекта рекомендаций об этических аспектах ИИ, составившая к сентябрю 2020 г. первый проект таких рекомендаций. Показательно, что речь при этом идет не о нормативно-правовом документе, а лишь о рекомендациях, посвященных этическим аспектам ИИ: авторы проекта под-

---

<sup>15</sup> Первый проект рекомендаций об этических аспектах искусственного интеллекта (п. 2), подготовленный специальной группой экспертов ЮНЕСКО по решению 40-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО (резолюция 40 С/37) в марте 2020 г. Available at: URL: <http://www//ifap.ru>pr/2020/n201116a.pdf> (дата обращения: 10.01.2021)

<sup>16</sup> Так, существенное преобладание мужчин среди программистов может способствовать созданию программ, в которых латентно заложена дискриминация женщин.

<sup>17</sup> Emotional Entanglement: China’s emotion recognition market and its implications for human rights. Published by ARTICLE 19 in January 2021. London: Free Word Centre, 2021. P. 18.

черквивают, что он носит рамочный характер и «зиждется на нравственных принципах, а также на уважении прав человека и основных свобод».

По-видимому, инициаторы создания таких рекомендаций учли опыт многолетней работы над этико-правовым регулированием геномных технологий, которая до сих пор не привела к принятию правового акта глобального масштаба, хотя такая задача ставилась уже на самых начальных этапах исследований в рамках международного проекта «Геном человека». Между тем при всей значимости вызовов, которые несут технологии ИИ, они, как отмечает Ю. Харари, пока что «всего лишь стимул для размышлений. Но что мы должны принять всерьез, так это то, что новая стадия истории подразумевает... фундаментальные преобразования человеческого сознания и личности. Оно может оказаться настолько глубоким, что придется пересмотреть само понятие «человек»» [Харари Ю., 2019: 491]. Технологии геномного редактирования, которые уже сейчас могут напрямую вторгаться в природу человека, несут в себе наиболее очевидную опасность дегуманизации. Показательно, что именно с подобными технологиями современные неомарксисты связывают суть нынешнего этапа капитализма, главная черта которого состоит в том, что знания здесь относятся уже не к орудиям производства, а к средствам воспроизводства биологической и социальной жизни<sup>18</sup>.

Ведущие мировые генетики, иницировавшие в свое время международный проект по секвенированию генома человека, предприняли большие усилия к созданию системы социо-гуманитарного сопровождения своих исследований. Кроме того, начиная с 1980-х годов, т.е. одновременно со стартом международного проекта «Геном человека», в структурах Совета Европы разработана и принята серия рекомендаций по генетической инженерии, использованию эмбрионов и плодов человека в целях диагностики, терапии и научных исследований, генетическому тестированию в целях здравоохранения и т.д. На этой основе впоследствии подготовлен текст Конвенции о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины (далее — Конвенция о правах человека и биомедицине), которая в 1997 г. была открыта для подписания. Однако далее из нормативно-правовых актов удалось принять лишь три дополнительных протокола к Конвенции о правах человека и биомедицине<sup>19</sup>, остальные международные

---

<sup>18</sup> Контроль над знанием со стороны капитала, пишет А. Корсани, «может в пределе привести к возможности принятия решений о предоставлении — или нет — права на жизнь. Фармоиндустрия, например, предпочитает борьбе с тропическими болезнями исследования в области омоложения» [Корсани А., 2007: 130].

<sup>19</sup> Дополнительные протоколы о запрете клонирования человеческих существ от 12.01.1998, о биомедицинских исследованиях от 25.01.2005 и о генетическом тестировании в медицинских целях от 27.11.2008.

документы в этой области относятся к «мягкому праву», т.е. имеют декларативно-рекомендательный характер<sup>20</sup>.

Попытки перевода соционормативного регулирования отношений в сфере исследований и клинической апробации методов редактирования генома человека в правовое русло сталкиваются с серьезными трудностями, которые обусловлены различиями социокультурных традиций в разных регионах мира (прежде всего особенностями религиозной антропологии, наиболее наглядно проявляющимися в трактовке онтологического статуса человеческого эмбриона), а также исключительно высоким уровнем конкуренции в данной сфере: между странами за биобезопасность и качество жизни их граждан, между транснациональными корпорациями за рынки лекарств и технологий, между учеными за приоритет в науке. Именно впечатляющие успехи китайских генетиков в редактировании генома человека побудили британские власти в 2016 г. разрешить геномное редактирование двухнедельных человеческих эмбрионов *in vitro* при условии, что они не будут имплантированы в тело женщины.

Стремление не отстать от других в конкурентной гонке, несомненно, сыграло определенную роль и в том, что британский Наффилдский биоэтический совет (влиятельная в научном мире общественная организация) опубликовал в 2018 г. отчет, в котором допустил возможность генетических модификаций зародышевой линии человека при условии, что это не будет препятствовать благополучию рожденного с помощью данной технологии человека и не приведет к усугублению социального неравенства, а также к маргинализации или ущемлению отдельных социальных групп<sup>21</sup>. При этом, по мнению ряда специалистов, отчет «оставляет лазейку для использования этих технологий в дизайнерских целях», а «предлагаемый им путь нарушает международный консенсус, повышая риски необратимых генетических изменений и возникновения новых форм неравенства» [Дикенсон Д., 2018].

Существенная нагрузка по регулированию отношений в сфере геномных исследований и технологий приходится на механизмы саморегулирования внутри мирового научного сообщества, дополняющие международные нормы «мягкого права». К ним относятся редакционная и финансовая полити-

---

<sup>20</sup> Это прежде всего Всеобщая декларация о геноме человека и о правах человека (1997), Международная декларация о генетических данных человека (2003), Декларация ООН о клонировании человека (2005), Всеобщая декларация о биоэтике и правах человека (2005), а также документы Всемирной организации здравоохранения, Всемирной медицинской ассоциации, Совета международных научно-медицинских организаций (CIOMS), Комитета по этическим, правовым и социальным вопросам Организации «Геном человека» и т.д.

<sup>21</sup> Genome editing and human reproduction: social and ethical issues. Published 17 July 2018. Available at: <https://www.nuffieldbioethics.org/publications/genome-editing-and-human-reproduction> (дата обращения: 05.07.2021)

ка ведущих научных журналов и фондов (в соответствии с которой статьи и заявки на гранты должны сопровождаться подтверждением их соответствия рекомендациям международных научных организаций), возможность ученых участвовать в международном сотрудничестве, получать признание коллег и т.д. Однако реальность продемонстрировала ненадежность всех нынешних инструментов глобального управления. Рождение в Китае генномодифицированных близнецов (всего через несколько лет после создания в 2012 г. использованной ими технологии направленного редактирования генома CRISPR/Cas9) в очередной раз подтвердило, что технологии относятся к такой форме знаний и умений, которая легко тиражируется.

После того, как огромные материальные ресурсы разных стран и колоссальные усилия мирового научного сообщества обеспечили результаты в расшифровке структуры ДНК, секвенировании генома человека и, наконец, в создании на этой основе эффективной технологии геномного редактирования (за что в 2020 г. присуждена Нобелевская премия по химии), оказалось, что сдерживать распространение и применение этой технологии в таком опасном направлении, как редактирование зародышевой линии человека, крайне трудно (а может быть, и невозможно). Китайский эксперимент встретил единогласное осуждение научного сообщества генетиков и биоэтиков, но акценты при этом расставляются по-разному: одни специалисты считают редактирование зародышевой линии человека неприемлемым в принципе, другие критикуют лишь слишком рискованный и недостаточно обоснованный с медицинской точки зрения характер этого эксперимента. Внутри каждого из этих двух лагерей существуют разные позиции.

Среди специалистов, допускающих генетическое редактирование зародышевой линии человека, есть как и убежденные трансгуманисты, так и те, кто надеются не скатиться от геномной терапии в сторону «улучшения» человека или рассчитывают на возможность (если и не утопичную, то весьма опасную<sup>22</sup>) с помощью генной инженерии сделать человечество более гуманным. Их оппоненты выдвигают два уже упомянутых и очень серьезных аргумента. Первый: ныне живущие люди не вправе принимать за все последующие поколения столь экзистенциальные по своему масштабу решения, чреватые необратимыми генетическими изменениями. Второй аргумент связан с опасениями, что этот путь приведет к непреодолимому социальному неравенству как внутри отдельных государств, так и на глобальном

---

<sup>22</sup> В дискуссиях о возможности подобной «моральной инженерии», которые уже давно идут на Западе, выражается тревога по поводу того, что без ускорения темпов нравственного улучшения человечество не сможет справиться с опасными последствиями своего технологического могущества. Однако, как справедливо отмечает Е.Г. Гребенщикова, «не станет ли это началом пути, в котором поведение и социальные коммуникации окажутся лишь “делом техники”» [Гребенщикова Е.Г., 2016: 37].

уровне [Darnovsky M., 2008: 453]. Масштабы и характер подобного неравенства могут быть таковы, что человечество в итоге окажется расколотым на разные социобиологические касты.

Мнения, что плодами развития технологий всегда вначале пользовалась элита, а за ней подтягивались и остальные, не выглядят убедительными: они относятся к эпохе, когда элита была заинтересована в массах как в рабочей или военной силе. Именно этой объединяющей массы и элиту общей заинтересованностью был обусловлен тот факт, что «великие проекты человечества XX века — борьба с голодом, эпидемиями и войной — ставили целью гарантировать универсальную норму благосостояния, здоровья и мира для всех без исключения. Проекты века XXI... нацелены на то, чтобы превзойти норму... они могут привести к созданию новой касты сверхлюдей» [Харари Ю., 2019: 103], которая не будет озабочена подтягиванием остальных до своего уровня. Мы видим, как современная медицина все больше ориентируется на обеспечение молодости и красоты богатых и здоровых, оттягивая ресурсы от лечения бедных и больных. Аналогичные тенденции намечаются уже и в сфере применения технологий геномного редактирования: так, методика трехстороннего оплодотворения, которая заключается в переносе ядра яйцеклетки матери с дефектом митохондрии ДНК в яйцеклетку донора с нормальными митохондриями (в обыденном словоупотреблении — технология рождения детей «от трех родителей»), которая была разработана для семей с наследственными заболеваниями, все активнее продвигается на рынки борьбы с бесплодием, вызванным старением [Дикенсон Д., 2018]. И это только начало.

Сможет ли современное право, являющееся прежде всего правом человека как отдельного индивида, противостоять такому развитию событий, чреватому утратой человечеством его биосоциального единства со всеми вытекающими отсюда катастрофическими (причем, возможно для всех, а не только для тех, кто останется в статусе «простолюдинов») социальными и биологическими последствиями?

### **3. Объективные трудности правового решения проблем технологической дегуманизации**

Ответ на поставленный вопрос, скорее всего, должен быть отрицательным. Дело не только в том, что главные рычаги влияния на национальное и международное законодательство находятся в руках политико-экономической элиты, которая будет использовать их в своих интересах, т.е. по своему произволу. Даже если бы ситуация развивалась в русле права (в его различении с произволом в форме закона), следует признать, что право как система норм, гарантирующих формальное равенство индивидов в их свободе, «ра-

ботает» в логике подхода, который не способствует решению общечеловеческих проблем технологической дегуманизации. Рассмотрим этот тезис на примере перспектив использования технологий наследуемого редактирования генома человека.

Здесь мы наглядно можем видеть, что развитие в рамках правового, по своей сути, подхода открывает дорогу клиническому редактированию зародышевой линии человека со всеми вытекающими отсюда опасными последствиями. Так, согласно п. 1 ст. 12 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (1966), каждый имеет право на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья, при этом п. 2 ст. 2 Пакта гарантирует осуществление этого права без какой бы то ни было дискриминации. Соответствующие положения получили закрепление и конкретизацию в конституциях и законодательстве практически всех современных государств. Это означает, что каждый, кому будет отказано в возможности родить здорового ребенка со ссылкой на законодательный запрет геномного редактирования зародышевой линии, может обратиться в суд с жалобой на дискриминацию по основанию отличия его генетического наследия от тех, кто может лечиться с помощью геномной терапии соматических (т.е. не зародышевых) клеток. То обстоятельство, что процент таких пациентов будет невелик, поскольку устранить генетически обусловленные патологии у будущих детей в большинстве случаев можно с помощью вспомогательных репродуктивных технологий без использования генетической инженерии, с правовой точки зрения сути дела не меняет: каждый человек имеет равное с другими (т.е. не дифференцированное в зависимости от его генетического статуса) право на охрану здоровья.

Поэтому в подобной ситуации гражданин России может обратиться в Конституционный Суд Российской Федерации с жалобой на то, что законодательство, препятствующее применению для его лечения медицинских технологий геномного редактирования, не соответствует ч. 1 ст. 41, гарантирующей охрану здоровья, и ч. 2 ст. 19 Конституции, согласно которой государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, а также других обстоятельств. Если Конституционный Суд примет жалобу к рассмотрению, то наверняка откажет в ее удовлетворении, сославшись на ч. 3 ст. 55 Конституции, допускающую ограничение прав человека в той мере, в какой это необходимо для защиты ряда ценностей общего блага. Скорее всего, Суд укажет при этом на такую ценность, как нравственность (потому что остальные перечисленные в этой статье ценности явно не релевантны рассматриваемой проблеме). Но каким образом можно доказать, что редактирование генома человека в медицинских целях нарушает требования нравственности, особенно когда терапевтические выгоды, получаемые «здесь и сейчас», превысят риски для

здоровья будущих поколений? Ведь нравственность требует прежде всего гуманного отношения к страдающему человеку.

В любом случае ссылки на защиту нравственности не снимают поставленную заявителем проблему дискриминации в деле охраны здоровья и поэтому следующим его шагом может стать обращение в Европейский суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) с жалобой на нарушение ст. 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), запрещающей дискриминацию по каким-либо признакам. Если в связи с данной жалобой ЕСПЧ обратится (как это уже принято в его практике) к Конвенции о правах человека и биомедицине, то он окажется в ситуации внутренне противоречивого действия ряда норм данной Конвенции. Как справедливо отмечает член Европейской комиссии по этике и экс-председатель Наффилдского биоэтического совета Дж. Монтгомери, ст. 13 Конвенции о правах человека и биомедицине, которая запрещает вмешательство в геном человека, направленное на изменение генома его наследников, входит в противоречие со ст. 2, согласно которой «интересы и благо отдельного человека превалируют над исключительными (sole) интересами общества или науки», со ст. 3, гарантирующей равную доступность медицинской помощи, и ст. 11, запрещающей любую форму дискриминации лица по признаку его генетического наследия [Монтгомери Дж., 2018: 39-40]. Очевидно, что ст. 2, ст. 3 и ст. 11 Конвенции в своей совокупности имеют более весомый правовой смысл по сравнению со ст. 13 и могут, условно говоря, ее «дезаурировать».

Что касается ст. 26 Конвенции, определяющей критерии и основания для ограничения содержащихся в ней прав и положений о защите, то, как сказано здесь, их осуществление «не может быть предметом иных ограничений, кроме тех, которые... необходимы... для предупреждения преступлений, защиты здоровья населения или защиты прав и свобод других лиц»<sup>23</sup>. Указанное здесь в качестве общего блага здоровье населения вряд ли корректно интерпретировать как здоровье будущих поколений (даже в контексте положения Преамбулы о том, что достижения биомедицины должны использоваться для блага нынешних и грядущих поколений).

Отсюда следует, что, оставаясь в плоскости правового подхода, мы можем получить ситуацию, когда благими правовыми намерениями и действиями будет вымощена дорога к колоссальным неправовым привилегиям тех, кто получит усовершенствованные гены, и, соответственно, к такому же масштабу дискриминации остальных. Выдающийся немецкий философ Г. Йонас в книге «Принцип ответственности: опыт этики для технологи-

<sup>23</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. Oviedo, 04.04.1997.

ческой цивилизации»<sup>24</sup> связывал возможность решения рассматриваемой проблемы с формированием новой этики обязанности, которая способна отказаться от принципа взаимности, требующего, чтобы моя обязанность была бы зеркальным отображением чужого права. По сути, речь идет о том, чтобы оттеснить кантовский категорический императив, который задает параметры правовой системы<sup>25</sup>, с ведущих позиций в системе соционормативной регуляции, поставив на его место категорический императив сохранения человечества. «Для меня... этот императив — единственный, к которому действительно подходит кантовское определение категорического, т.е. безусловного. Однако его принцип... есть не самосогласование разума, устанавливающего для самого себя законы своей деятельности... но основывающаяся на существовании ее содержания идея возможных деятелей вообще, являющаяся, в силу этого, онтологической идеей, т.е. идеей бытия. Оказывается поэтому, что первый принцип «этики будущего» находится не в самой этике как учении о деянии... но в метафизике как учении о бытии, частью которого является идея человека» [Йонас Г., 2004: 62].

Таким образом, Г. Йонас исходит из того, что поставленная им проблема ограничения биотехнологического развития не может быть решена с помощью внутренних ресурсов техногенной цивилизации, которые в конечном итоге всегда направлены на реализацию заложенной в нее интенции овладения природой и доминирования над ней посредством техники. Переводя проблему в плоскость метафизики как учения о сверхопытных, сущностных началах бытия, он предлагает подчинить соционормативную систему техногенной цивилизации требованию заповеди, согласно которой «человек должен быть». При этом человек, подчеркивает Г. Йонас, должен не просто быть, а должен сохраниться в своей «неурезанной человечности». Предложенный им категорический императив — это не нормативный принцип, как у И. Канта, а скорее именно заповедь, религиозную суть которой Г. Йонас в виде вопроса выразил так: сможем ли мы восстановить уничтоженную научным просвещением категорию святого и вернуть человеку благоговение перед тем, «что ни при каких обстоятельствах не может быть поругано» [Йонас Г., 2004: 226]?

Конечно, в очень отдаленной перспективе, когда сохранить благополучие человека в «неурезанной человечности» станет невозможно, человеку придется довольно далеко зайти по пути совершенствования своих природных

---

<sup>24</sup> В этой книге, вышедшей в 1979 г., задолго до начала «эры генетики» Г. Йонас одним из первых задумался об опасности вторжения в природу человека в результате развития геномных технологий.

<sup>25</sup> С точки зрения положенного в основу нашего анализа понимания права кантовский категорический императив выражает не моральный, а именно правовой принцип формального равенства [Нерсесянц В.С., 2006: 623].

качеств, чтобы «выйти за пределы нашей хрупкой планеты, как и нашей хрупкой природы»<sup>26</sup>. Но на современном этапе, следовало бы, по-видимому, руководствуясь этикой ответственности, затормозить опасное развитие событий до тех пор, пока технологический прогресс не перестанет нести в себе экзистенциальные антропологические риски. С этих позиций целесообразно пойти по пути реализации предложения ряда ведущих генетиков о введении пятилетнего моратория на исследования в области геномного редактирования зародышевой линии. Однако учрежденная ВОЗ в 2019 г. группа экспертов по изучению научных, этических, социальных и юридических проблем редактирования генома человека не поддержала идею моратория (скорее всего, в силу невозможности ее реализации) и решила ограничиться формированием глобального реестра всех экспериментов по редактированию генома человека, разработкой стандартов их проведения и обеспечением механизмов контроля<sup>27</sup>.

Осуществление даже такого весьма мягкого сценария нормативной регламентации данной сферы во многом будет зависеть от доброй воли субъектов регулируемых отношений, к числу которых относятся государства, национальные и транснациональные фармацевтические компании, исследовательские коллективы, спонсоры исследований и отдельные ученые.

Поскольку носителями воли в конечном итоге всегда являются конкретные люди, важно иметь в виду, что воля их (прежде всего, исследователей, чья индивидуальная мораль могла бы противостоять давлению государственных и коммерческих интересов) весьма жестко ограничена требованиями соблюдения законодательства о государственной и коммерческой тайне. В этих условиях реализация рекомендаций ЮНЕСКО, призывающих государства обеспечивать ученым возможность «свободно выражать свое мнение по поводу гуманности... определенных проектов и в качестве крайнего средства отказываться от работы по этим проектам, если это продиктовано им их совестью»<sup>28</sup> существенно затруднена. Таким образом, и здесь право выступает как фактор, не способствующий сдерживанию опасного технологического развития.

Судя по всему, понимание невозможности решить рассматриваемые проблемы техногенной цивилизации, оставаясь в рамках правовой рациональности, побудило Ю. Хабермаса выдвинуть в 2001 г. идею постсекулярного общества (показательно, что его публичная лекция, на которой впервые

---

<sup>26</sup> Из выступления английского философа Дж. Харриса на одном из биоэтических форумов [Юдин Б.Г., 2016].

<sup>27</sup> Editorial. Human germline editing needs one message. Science academies and the World Health Organization must act in unison // Nature. 2019. N 575. P. 415–416.

<sup>28</sup> Рекомендации ЮНЕСКО о статусе научно-исследовательских работников. Available at: URL: <https://docs.cntd.ru/document/902084640> (дата обращения: 27.03.2021)

была эта обнародована эта идея, совпала по времени с завершением им работы над книгой «Будущее человеческой природы. На пути к либеральной евгенике?»). Суть объявленного им постсекулярного поворота заключается в преодолении «некорректного исключения религии из сферы публичности», лишаящего современное секулярное общество «важнейших ресурсов смыслоутверждения», которыми обладает религия [Хабермас Ю., 2001]. Однако надежда на то, что религиозное сознание станет тем спасительным духовным ресурсом, который поможет человечеству удержать технологическое развитие в безопасных границах, пока не оправдывается. Причем завышенность подобных ожиданий особенно наглядно проявляется именно в сфере антропогенетики, где в пространстве применения технологий редактирования генома человека конкурируют разные традиции религиозной антропологии, связанные с различным пониманием природы человека, а соответственно — возможностей и пределов вторжения в нее.

Главным камнем преткновения при этом являются вопрос о моменте зачатия и проблема онтологического или (как некоторые считают уместным говорить) правового статуса человеческого эмбриона *in vitro* (т.е. эмбриона, находящегося вне тела женщины). При этом самое мягкое законодательное регулирование манипуляций с эмбрионами *in vitro* имеет место в тех технологически развитых странах, где доминируют буддизм, ислам и иудаизм, а самое жесткое — в европейских странах с устойчивыми христианскими традициями (в Ирландии, Германии, Италии, Швейцарии), а также в государствах, подписавших Американскую конвенцию о правах человека. Согласно христианской культурной традиции, эмбрион имеет статус субъекта, обладающего правом на жизнь, уже с момента зачатия, поскольку именно тогда зарождается душа человека. Правда, применительно к эмбриону *in vitro* этот момент трактуется по-разному: для одних душа зарождается уже в момент оплодотворения (что означает наделение статусом субъекта также и эмбриона *in vitro*<sup>29</sup>), другие считают, что зачатие имеет место лишь с момента имплантации эмбриона в полость матки<sup>30</sup>. В соответствии с исламской мировоззренческой традицией, человеческая жизнь начинается на девятой неделе после зачатия, когда ангел вдыхает душу в зародыш. Для буддизма, у которого нет понятия души, этот вопрос и вовсе не принципиален.

Таким образом, христианство, ставшее когда-то важнейшим фактором формирования техногенной цивилизации, изначально содержало в себе

---

<sup>29</sup> Такой позиции придерживается, например, судья Европейского суда от России Д.И. Дедов. См.: Concurring opinion of judge Dmitry Dedov. Application no. 464470/11, Parrillo v. Italy. ECHR Judgment of 27.08.2015.

<sup>30</sup> Artavia Murillo et al v. Costa Rica. The November 2012 decision by the Inter-American Court of Human Rights. 2020. Available at: [http://www.womenslinkworldwide.org/files/gjo\\_analysis](http://www.womenslinkworldwide.org/files/gjo_analysis) (дата обращения: 11.01.2021)

мировоззренческие ограничители, препятствующие опасной для человека направленности технологий на изменение его природы. Эти ограничители, которые не были сформированы в других мировых религиях, до сих пор существенно влияют на профессиональный этос научного сообщества, работающего в рамках социокультурной парадигмы, сложившейся на основе христианского мировоззрения. Очевидно, что достижение глобального морально-религиозного согласия в подобного рода вопросах, корни которых уходят в глубины религиозной антропологии, в обозримой перспективе крайне проблематична. Кроме того, в современных условиях этому явно не способствует то обстоятельство, что страны, не обремененные жесткими религиозными запретами в сфере развития геномных исследований и технологий, получают существенные преимущества в глобальной конкурентной борьбе. Возможно, что в будущем человеческое сообщество, столкнувшись с постчеловеческой реальностью, найдет в себе силы консолидироваться вокруг идеи новой этики, способной обуздать его технологическое могущество.

Однако на данный момент надо искать решение проблемы в рамках правового подхода, расширяя его традиционные рамки путем введения юридической ответственности перед будущими поколениями. Важно отметить, что хотя Г. Йонас считал, что апелляция к праву будущих поколений не вписывается в парадигму правовой регуляции, предлагаемый им новый категорический императив направлен регулятивным воздействием не столько в метафизические «глубины моральной мотивации личности, сколько в сферу общественной политики и предполагает со-ответственность за результаты коллективной деятельности» [Гаджикурбанова П.А., 2003: 171], которая возможна лишь на базе своего рода «общественного договора», заключаемого в рамках правового пространства. Очень показательно и то, что попытки найти межконфессиональный консенсус в рамках Декларации о глобальной этике, предложенной швейцарским богословом Г. Кюнгом и обсужденной Парламентом религий мира в 1993 г., также не выходили за рамки поиска соглашения на базе правовых по своей сути принципов, согласно которым: 1) с каждым человеческим существом надлежит обращаться по-человечески и 2) человек не должен делать другим того, чего не желает себе<sup>31</sup>.

При выработке правового решения рассматриваемой проблемы можно опираться на уже накопленный мировой философией опыт осмысления перспектив формирования глобальной экологической этики на базе идеи солидарности между поколениями. В отечественной литературе этот опыт проанализирован в работах А.В. Прокофьева, в которых выделены три основные

---

<sup>31</sup> Декларация мирового этоса. Парламент религий мира. Available at: URL: <http://anthropology.ru/ru/text/dokumenty/deklaraciya-mirovogo-etosa> (дата обращения: 26.03.2021)

теоретические модели этики отношения к будущим поколениям: договорная, утилитаристская, интуитивистская. При этом наиболее релевантная правовому подходу договорная модель, как показывает автор, оказывается неработающей в силу уже упомянутого выше одностороннего характера зависимости между поколениями. Что касается утилитаристской модели, то ее последовательная реализация привела бы к чрезмерным жертвам со стороны нынешнего поколения в пользу бесконечного числа потомков. Наиболее перспективным является, по его мнению, интуитивистский подход, суть которого в том, что права будущих поколений не выстраиваются на основе договора, а выводятся из интуитивных представлений о фундаментальном этическом равенстве между людьми, то есть напрямую» [Прокофьев А.В., 2013: 78–93].

Интуитивистский подход к разработке прав будущих поколений сформулирован в работах Э. Вайсса, где развивается тезис о том, что следующие друг за другом поколения людей соединены между собой использованием Земли как общего наследия, в отношении к которому «каждое из поколений занимает одинаковое (или равное) положение, являясь, одновременно, пользователем и распорядителем по доверенности»<sup>32</sup>. В контексте нашей темы важно подчеркнуть, что этот тезис созвучен положению ст. 1 Всеобщей декларации о геноме человека и о правах человека, согласно которой геном лежит в основе изначальной общности всех представителей человеческого рода и «знаменует собой достояние человечества»<sup>33</sup>. Тот факт, что геном человека — наследие, доставшееся ныне живущему человечеству как единому коллективному субъекту от предшествующих поколений, — получил отражение и в Декларации ЮНЕСКО «Об ответственности нынешних поколений перед будущими поколениями», где говорится о необходимости сохранения генома человека. Таким образом, геном человека признан в качестве общего наследия, на которое нынешнее и будущие поколения имеют равное право. По-видимому, с позиций такого подхода будущие поколения следует рассматривать не как сообщество, доминирующее над ныне живущими индивидами, а в качестве отдельного субъекта (условного индивида), обладающего уязвимым статусом и нуждающегося в дополнительных гарантиях для того, чтобы его интересы были бы учтены наравне с интересами иных субъектов права на основе принципа формального равенства.

---

<sup>32</sup> Weiss E. Intergenerational Equity: A Legal Framework for Global Environmental Change // Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions. 1992. Available at: <https://unupress/unupbooks/uu25ee/uu25ee0y.htm>. (дата обращения: 10.11.2018). Цит. по: [Прокофьев А.В., 2008: 247].

<sup>33</sup> Всеобщая декларация о геноме человека и правах человека. Available at: URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/human\\_genome.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/human_genome.shtml) (дата обращения: 17.01.2021)

Другое направление поиска правового решения проблемы может быть связано с разработкой предлагаемой в литературе новой юридической конструкции института ответственности родителей, согласившихся на генетическое изменение своих потомков, которая предполагала бы возможность предъявления к ним материальных требований со стороны «детей, внуков и других прямых родственников субъекта с отредактированным геномом» [Трикоз Е.Н., Мустафина-Бредихина Д.М., Гуляева Е.Е., 2021: 83]. Зарубежная судебная практика последних лет продемонстрировала правомерность подобной постановки вопроса: речь идет об аналогичных по своей правовой сути судебных исках детей-инвалидов к врачам и родителям, отказавшимся когда-то от рекомендации по искусственному прерыванию беременности. Уже сложился и вошел в оборот судебной деятельности термин «неправомерное оставление в живых» [Zakharova M., Voronin M., 2018], который переводит проблему из морально-религиозной плоскости в правовую.

В этом контексте следует обратить внимание и на тот факт, что с 2014 г. Комитет ООН по правам ребенка имеет право рассматривать обращения со стороны несовершеннолетних, считающих, что они являются жертвами нарушения государством Конвенции ООН о правах ребенка<sup>34</sup>, в том числе и п.2 ст. 6 Конвенции, согласно которому государства-участники в максимально возможной степени обеспечивают здоровое развитие ребенка. На данном этапе можно, за неимением лучшего, использовать имеющееся у прокуратуры право обращаться в суд с иском в защиту прав на жизнь и здоровье неопределенного круга лиц, включив будущие поколения в понятие «неопределенный круг лиц»: такой подход предлагает ряд отечественных цивилистов применительно к запрету на клонирование человека [Богданова Е.Е., Малейна М.Н., Ксенофонтова Д.С., 2020: 134].

## **Заключение**

В сложившейся ситуации шансы на то, что человечеству удастся найти адекватный ответ на вызовы технологической дегуманизации, невелики. Последствия неконтролируемой технологической экспансии в природу человека настолько масштабны и значительны, что ни одна социальная группа, представляющая собой политико-экономическую, интеллектуальную или духовную элиту общества, не в состоянии взять на себя ответственность за принятие решений в данной области. Тем более недопустимо, чтобы эти процессы развивались стихийно (что сейчас во многом и происходит).

<sup>34</sup> Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся процедуры сообщений. 2011. Available at: URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/child\\_optprot.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/child_optprot.shtml) (дата обращения: 21.07.2021)

Необходимость широкого общественного обсуждения тех экзистенциальных рисков, которые несут в себе новейшие технологии, и определение приемлемых для всего человечества перспектив технологического развития отмечается во многих международных декларациях, рекомендациях и т.д., соответствующие положения закреплены в целом ряде международно-правовых актов. Однако их реализации требует «упорного труда, значительных человеческих и финансовых ресурсов» [Andorno R. et al., 2020: 3]. В противном случае вместо коммуникативного разума, функционирующего в режиме очерченного Ю. Хабермасом рационального дискурса, ориентированного на консенсус, сформируется внутренне противоречивое общественное мнение, которое станет легкой добычей манипуляторов, владеющих глобальными финансовыми ресурсами и преследующих корыстные интересы. Превращение общества в реального субъекта принятия решений в ситуации экзистенциального выбора требует создания новых институтов для формирования и выражения его политической воли. Именно это, по-видимому, имел в виду сам Ю. Хабермас, когда говорил, что «в преддверии глобализации, прокладывающей себе путь через объединившиеся рынки, многие из нас надеются на возвращение политического в ином, другом облике. Не в облике изначального состояния глобального государства по Гоббсу, обеспечивающего безопасность в направлении развития полиции, тайных служб и вооруженных сил, но в виде силы, придающей всему миру цивилизованный облик. Сегодня, — по мнению философа, — у нас осталась не более чем робкая надежда на хитрость разума — и немного на самовразумление» [Хабермас Ю., 2001].

Правда, эта надежда несколько укрепляется знанием о том, что в первобытную эпоху древний человек сумел в самом начале своего пути найти в себе ресурсы разума и воли, необходимые для того, чтобы с помощью социального творчества обуздать свои разрушительные животные инстинкты. Поэтому возможно, что и современному человеку удастся либо остановиться на пороге постчеловеческого будущего, либо суметь перейти границу между двумя эпохами, не утратив человечности. В свете такой обозримой исторической перспективы в рамках современной философии права актуализируются и приобретают новый смысл идеи русской религиозной философии всеединства с ее «предчувствием общей беды и мыслью о всеобщем спасении» [Гулыга А.В., 2004: 22].



### **Библиография**

Бердяев Н.А. Государство. Власть и право / Из истории русской правовой мысли. Л.: Лениздат, 1990. 245 с.

Богданова Е.Е., Малеина М.Н., Ксенофонтова Д.С. Отдельные проблемы защиты прав граждан при использовании геномных технологий // LEX RUSSICA. 2020. N 5. С.129–141.

- Варламова Н.В. Локдаун как способ реагирования на пандемию COVID-19: анализ в контексте Европейской конвенции о защите прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2020. N 3. С. 6–25.
- Вудс Т. Как католическая церковь создала западную цивилизацию. М.: ИРИСЭН, 2010. 280 с.
- Гаджикурбанова П.А. Страх и ответственность: этика технологической цивилизации Ганса Йонаса // Этическая мысль. 2003. N 4. С. 16–178.
- Гребенщикова Е.Г. Биотехнонаука и границы улучшения человека // Эпистемология и философия науки. 2016. N 2. С. 34–39.
- Гулыга А.В. Предисловие. Русская идея: Сборник произведений русских мыслителей. М.: Айрис-пресс, 2004. С. 5–24.
- Дикенсон Д. Чем опасно ручное редактирование генома человека. Available at: [https://forbes.kz//process/science/chem\\_opasno\\_ruchnoe\\_redaktirovanie\\_genoma\\_cheloveka/?](https://forbes.kz//process/science/chem_opasno_ruchnoe_redaktirovanie_genoma_cheloveka/?) (дата обращения: 15.02.2020)
- Йонас Г. Принцип ответственности: Опыт этики для технологической цивилизации. М.: Айрис-пресс, 2004. 480 с.
- Корсани А. Капитализм, биотехнонаука и неолиберализм. Информация к размышлению об отношениях между капиталом, знанием и жизнью в когнитивном капитализме // Логос. 2007. N 4. С. 123–143.
- Крэнстон М. Права человека. Документы. Paris: Ed. de la Seine, 1975. 376 с.
- Левандовский А.П. Вступит. слово / Перну Р. Элоиза и Абеляр. М.: Молодая гвардия, 2005. С. 6–13.
- Леви-Строс К. Структурная антропология. М.: Наука, 1985. 536 с.
- Лоренц К. Агрессия (так называемое «зло»). М.: Прогресс. 1994. 272 с.
- Маслов В.М. Постчеловеческие тенденции техногенной цивилизации: нанотехнологии // Фундаментальные исследования. 2014. N 6. С. 871–875.
- Миланович Б. Глобальное неравенство доходов в цифрах: на протяжении истории и в настоящее время: обзор. М.: НИУ ВШЭ, 2014. 29 с.
- Монтгомери Дж. Модификация генома человека: вызовы со стороны сферы прав человека, обусловленные научно-техническими достижениями / Прецеденты Европейского суда по правам человека. Спец. выпуск «Права человека и биомедицина». М.: Развитие правовых систем, 2018. С. 42–56.
- Назаретян А.П. Нелинейное будущее. М.: АРГАМАК-МЕДИА, 2015. 409 с.
- Нерсесянц В.С. Философия права. М.: Норма, 2006. 830 с.
- Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. N 3. С. 3–15.
- О’Салливан С. В поисках баланса между техническим прогрессом и уважением человеческого достоинства. Прецеденты европейского суда по правам человека. Спец. выпуск «Права человека и биомедицина». М.: Развитие правовых систем, 2019. С. 5–10.
- Подлазов А.В. Глобальная демографическая теория // Демографическое обозрение. 2018. N 1. С. 39–63.
- Понкин И., Редькина А.И. Искусственный интеллект с точки зрения права // Вестник Российского Университета дружбы народов. 2018. Серия: Юридические науки. N 1. С. 91–109.

Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений в перспективе договорной этической теории // Вестник Московского университета. Серия: Философия. 2013. N 3. С. 78–93.

Рикер П. Справедливое. М.: Логос, 2005. 299 с.

Ромашов Р.А. (ред.) Правогенез: традиция, воля, закон СПб: Алетейя, 2021. 480 с.

Семенов Ю.И. Брак и семья: возникновение и развитие. Available at: URL: [http://www.scepsis.ru/library/id\\_6.html](http://www.scepsis.ru/library/id_6.html) (дата обращения: 27.06.2020)

Синельников С.П. Идея христианской антропологии об образе и подобию человека Богу в воспитании и образвании. Ч. 1. Святые отцы об «образе и подобию Божиим» в человеке. 2010. Available at: URL: <https://bogoslav.ru/article/817555> (дата обращения: 05.02.2021)

Синченко Г.Ч. От митрополита Илариона до Н.А. Бердяева. Тысячелетний оксюморон русской философии права // Философия права. 2000. N 1. С. 4–19.

Степин В.С. XXI век — радикальная трансформация типа цивилизационного развития / Глобальный мир: системные сдвиги, вызовы и контуры будущего. Материалы XVII Международных Лихачевских научных чтений. СПб.: СПбГУ, 2017. С. 185–188.

Степин В.С. Цивилизация и культура. СПб: СПбГУ, 2011. 408 с.

Трикоз Е.Н., Мустафина-Бредихина Д.М., Гуляева Е.Е. Правовое регулирование процедуры генного редактирования: опыт США и стран ЕС // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2021. N 1. С. 67–86.

Хабермас Ю. Вера и знание. Available at: [https://www.gumer.info/bogoslov\\_Buks/Philos/Haberm/Ver\\_Znan.php](https://www.gumer.info/bogoslov_Buks/Philos/Haberm/Ver_Znan.php) (дата обращения: 12.01.2021)

Харари Ю.Н. Sapiens. Краткая история человечества. М.: Синдбад, 2019. 278 с.

Шалютин Б.С. Правогенез как фактор становления общества и человека // Вопросы философии. 2011. N 11. С. 14–26.

Юдин Б.Г. Человек как объект, потребитель и мишень технонауки // Знание. Понимание. Умение. 2016. N 5. С. 5–22.

Andorno R. et al. Geneva Statement on Heritable Human Genome Editing: The Need for Course Correction. Trends in Biotechnology, 2020, vol. XX, pp. 1–4.

Darnovsky M. Germline modification carries risk of major social harm. Nature, 2008, vol. 453, pp. 827–828.

Waal F., Ober J. Primates and Philosophies: How Morality Evolved. Princeton: University Press, 2005. 209 p.

Haslam N. Dehumanization: An Integrative Review. Personality and Social Psychology Review, 2006, vol. 10, pp. 252–264.

Kosinski M. Facial recognition technology can expose political orientation from naturalistic facial images. Available at: <https://doi.org/10.1038/s41598-020-79310-1> (дата обращения: 24.03.2021)

Schwab K., Malleret T. COVID-19: The Great Reset. Geneva: World Economic Forum, 2020. 127 p.

Weizsäcker E., Wijkman A. Come On! Capitalism, Shorttermism, Population and the Destruction of the Planet. A Report to the Club of Rome. New York: Springer, 2018. 232 p.

Zakharova M.V., Voronin M.V. Measure of Freedom in the Context of Legal Regulation of Genomic Research: Foreign Experience. Revista Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores. Year VI. December. Available at: [https://dilemascontemp.oraneoseducacionpoliticaervalores.com/\\_files/200004128c6b43c7b2e/EE%2018.12.16%20edida](https://dilemascontemp.oraneoseducacionpoliticaervalores.com/_files/200004128c6b43c7b2e/EE%2018.12.16%20edida) (дата обращения: 12.09.2019)

## Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 3

### The Law of a Technogenic Civilization to Face Technological Dehumanization Challenges



**Valentina V. Lapaeva**

Chief Researcher, Sector of Philosophy of Law, History and Theory of State and Law, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences. Address: 10 Znamenka Str., Moscow 119069, Russia. E-mail: lapaeva07@mail.ru.



#### Abstract

Law as a regulatory system based on the principle of formal equality in freedom is a social phenomenon immanently inherent in a technogenic civilization with its cultural matrix, in which “gene” of techne (skill based on knowledge) was rooted. The specifics of the current stage in the technogenic civilization development are determined by NBIK technologies, NBIK technologies, which contain not only tremendous opportunities to improve the quality of human life, but also no less large-scale dangers of dehumanization, due to their intentions on the posthuman perspectives. The need to resist the destructive potential of these technologies in order to keep the techno-humanitarian balance, which still protects humanity from self-destruction, requires the mobilization of all socio-normative resources, the most important of which is law. However, the problem is modern law, being primarily a system of human rights, is not able to prevent threats to future generations and humanity as a whole. This is especially clearly seen in the example of research and technologies for inherited editing of the human genome, which development cannot be channeled into the mainstream of global legal regulation. The international norms of “soft law” and the world academic community self-regulation can no longer restrain technological expansion into human nature. An attempt to solve the problem along the path of a post-secular turn in the hope that religious consciousness will become that saving spiritual resource, which help humanity to keep its technological power within the proper boundaries, is unlikely to be successful due to the differences in religious anthropologies inherent in different types of religious ideologies. Therefore the task is to develop such a new approach to law understanding that goes beyond the technogenic civilization’s spiritual matrix, which, on the one hand, would preserve the basic guarantees of individual freedom, and on the other, would integrate the idea of the rights of future generations.



#### Keywords

law, technogenic civilization, NBIK-technologies, editing the human genome, artificial intelligence, dehumanization, human rights, solidarity, future generations.

**For citation:** Lapaeva V.V. (2021) The Law of a Technogenic Civilization to Face Technological Dehumanization Challenges. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 4–35 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.4.35



#### References

Andorno R. et al. (2020) Geneva Statement on Heritable Human Genome Editing: The Need for Course Correction. *Trends in Biotechnology*, vol. XX, pp. 1–4.

- Berdyaev N.A. (1990) State. Power and law. History of Russian legal thought. Leningrad: Lenizdat, 245 p. (in Russian)
- Bogdanova E.E., Maleina M.N., Ksenofontova D.S. (2020) Issues of protecting civil rights in applying genomic technology. *LEX RUSSICA*, no 5, pp. 129–141 (in Russian)
- Darnovsky M. (2008) Germline Modification Carries Risk of Major Social Harm. *Nature*, vol. 453, pp. 827–828.
- Dickenson D. (2018) Why editing human genome is dangerous. Available at: [https://forbes.kz//process/science/chem\\_opasno\\_ruchnoe\\_redaktirovanie\\_genoma\\_cheloveka/](https://forbes.kz//process/science/chem_opasno_ruchnoe_redaktirovanie_genoma_cheloveka/) (accessed: 15 February 2020)
- Gadhikurbanova P.A. (2003) Fear and responsibility: ethics of technological civilization of Hans Jonas. *Eticheskaya mysl'*, no 4, pp. 16–178 (in Russian)
- Grebenschikova E.G. (2016) Biotechnology and the limits of human improvement. *Epistemologiya i filosofiya nauki*, no 2, pp. 34–39 (in Russian)
- Gulyga A.V. (2004) Introduction. Russian idea: The collection of the works of Russian philosophers. Moscow: Airis-press, pp. 5–24 (in Russian)
- Jonas H. (2004) *The principle of responsibility*. Moscow: Airis-press, 480 p. (in Russian)
- Haslam N. (2006) Dehumanization: An Integrative Review. *Personality and Social Psychology Review*, vol. 10, pp. 252–264.
- Khabermas Yu. (2001) Belief and knowledge. Available at: [https://www.gumer.info/bogoslov\\_Buks/Philos/Haberm/Ver\\_Znan.php](https://www.gumer.info/bogoslov_Buks/Philos/Haberm/Ver_Znan.php) (accessed: 12 January 2021)
- Kharari Yu. N. (2019). *Sapiens. A short history of humankind*. Moscow: Sindbad, 278 p. (in Russian)
- Kosinski M. (2021) Facial recognition technology can expose political orientation from naturalistic facial images. Available at: <https://doi.org/10.1038/s41598-020-79310-1> (accessed: 24 March 2021)
- Korsani A. (2007) Capitalism, biotech science and neoliberalism. *Logos*, no 4, pp. 123–143 (in Russian)
- Kranston M. (1975) Human rights. Documents. Paris: Ed. de la Seine, 376 p.
- Levandovskiy A.P. (2005) Introduction. In: Pernau R. *Eloise and Abailar*. Moscow: Molodaya gvardiya, pp. 6–13 (in Russian)
- Levi-Strauss (1985) *Structural anthropology*. Moscow: Nauka, 536 p. (in Russian)
- Lorents K. (1994) *Agression*. Moscow: Progress, 272 p. (in Russian)
- Maslov V.M. (2014) Posthuman trends of technogenic civilization. *Fundamental'nie issledovaniya*, no 6, pp. 871–875 (in Russian)
- Milanovich B. (2014) *Global inequality of profits in statistics*. Moscow: HSE, 29 p. (in Russian)
- Montgomery J. (2018) Modifying human genome. *Prava cheloveka i meditsina*. Moscow: Razvitie pravovykh system, pp. 42–56 (in Russian)
- Nazaretyan A.P. (2015) *Unlinear future*. Moscow: Argamak, 409 p. (in Russian)
- Nersesyants V.S. (2006) *Philosophy of law*. Moscow: Norma, 830 p. (in Russian)
- Nersesyants V.S. (2002) Philosophy of law. *Voprosy filosofii*, no 3, pp. 3–15 (in Russian)
- O'Sullivan S. (2019) In search of balance for progress and respecting human. *Prava cheloveka v biomeditsina*. Moscow: Razvitie pravovykh system, pp. 5–10 (in Russian)
- Podlazov A.V. (2018) Global demographics. *Demograficheskoe obozrenie*, no 1, pp. 39–63 (in Russian)

- Ponkin I., Redkina A.I. (2018) Artificial intelligence in terms of law. *Vestnik RUDN*, no 1, pp. 91–109 (in Russian)
- Prokofiyev A.V. (2013) Protecting the interests of the future generations. *Vestnik Moskovskogo universiteta*, no 3, pp. 78–93 (in Russian)
- Rieker P. (2005) *The fair*. Moscow: Logos, 299 p. (in Russian)
- Romashov R.A. (ed.) (2021) *Legal genesis: tradition, will, law*. Saint Petersburg: Aleteya, 480 p. (in Russian)
- Schwab K., Malleret T. (2020) *COVID-19: The Great Reset*. Geneva: World Economic Forum, 127 p.
- Shalyutin B.S. (2011) Genesis of law as a factor of the formation of society and human. *Voprosy filosofii*, no 11, pp. 14–26 (in Russian)
- Semenov Yu.I. (2016) Marriage and family. Available at: URL: [http://www.scepsis.ru/library/id\\_6.html](http://www.scepsis.ru/library/id_6.html) (accessed: 27 June 2020)
- Sinelnikov S.P. (2010) Christian anthropology about the image and likeness of man to God. Available at: URL: <https://bogoslav.ru/article/817555> (accessed: 5 February 2021)
- Sinchenko G.Ch. (2000) From Mitropolitan Ilarion to N.A. Berdyayev. *Filosofiya prava*, no 2, pp. 4–19 (in Russian)
- Stepin V.S. (2017) *21<sup>st</sup> century as a radical transformation of civilized development*. Saint Petersburg: University, pp. 185–188 (in Russian)
- Stepin V.S. (2011) *Civilization and culture*. Saint Petersburg: University, 408 p. (in Russian)
- Trikoz E.N., Mustafina-Berdikhina D.M., Gulyaeva E.E. (2021) Legal regulation of procedure for gene modification. *Vestnik RUDN*, no 1, pp. 67–86 (in Russian)
- Varlamova N.V. (2020) Lockdown as a measure to response to the COVID-19 pandemic. *Vestnik of the Saint Petersburg University of MVD*, no 3, pp. 6–25 (in Russian)
- Waal F., Ober J. (2005) *Primates and Philosophies: How Morality Evolved*. Princeton: University Press, 209 p.
- Weizsäcker E., Wijkman A. (2018) *Come On! Capitalism, Shorttermism, Population and the Destruction of the Planet. A Report to the Club of Rome*. New York: Springer, 232 p.
- Woods T. (2010) *How the Catholic church built Western civilization*. Moscow: IRISEN, 280 p. (in Russian)
- Yudin B.G. (2016) Person as an object, consumer and target of technological science. *Znanie. Ponimanie. Umenie*, no 5, pp. 5–22 (in Russian)
- Zakharova M.V., Voronin M.V. (2018) Measure of Freedom in the Context of Legal Regulation of Genomic Research: Foreign Experience. *Revista Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores*. Year VI. Available at: [https://dilemascontemp.oraneoseducacionpoliticaayvalores.com/\\_files/200004128c6b43c7b2e/EE%2018.12.16%20edida](https://dilemascontemp.oraneoseducacionpoliticaayvalores.com/_files/200004128c6b43c7b2e/EE%2018.12.16%20edida) (accessed: 12 September 2019)

# Аутентическое (авторское) толкование: теоретико-правовой и конституционно-правовой аспекты

---



## И.А. Минникес

Доцент, отдел теории права и сравнительного правоведения, Институт правовых исследований Байкальского государственного университета, доктор юридических наук. Адрес: 664003 Российская Федерация, Иркутск, ул. Ленина, 11. E-mail: iaminnikes@yandex.ru



## И.В. Минникес

Профессор, главный научный сотрудник, Институт правовых исследований Байкальского государственного университета, доктор юридических наук. Адрес: 664003 Российская Федерация, Иркутск, ул. Ленина, 11. E-mail: ivminnikes@mail.ru

---



## Аннотация

Целью работы является исследование правовой природы аутентического толкования, его содержания и значения как самостоятельного вида толкования права, а также установление круга субъектов такого толкования. Методологическую основу исследования образуют общенаучные методы: диалектический, логический, системно-структурный, сравнительный; а также научно-правовые методы: историко-юридический, формально-юридический, сравнительно-правовой. Отмечается, что термину «аутентическое толкование» на различных этапах развития российской юридической науки придавалось разное значение. В XIX-начале XX века аутентическое толкование отождествляли с правотворчеством. В советской правовой науке аутентическим считалось толкование, исходящее как от самого субъекта правотворчества, так и от иных уполномоченных органов. В современных исследованиях акцент делается на орган, осуществляющий толкование нормы. Предлагается заменить термин «аутентическое» термином «авторское», поскольку это наименование точнее характеризует данный вид толкования. В статье показаны основные подходы к пониманию аутентического (авторского) толкования в российской и зарубежной юриспруденции. Установлено, что при определении круга субъектов авторского толкования следует учитывать наличие или отсутствие правового оформления полномочия на толкование нормы. Если предположить, что право на создание и оформление норм автоматически порождает и право на их толкование, то субъектом аутентического (авторского) толкования может быть любой государственный или негосударственный орган, являющийся субъектом правотворчества. Если же исходить из того, что полномочие автора по толкованию своих актов и его реализация должны быть урегулированы нормами права, то круг субъектов авторского (аутентического) толкования резко сузится. Кроме того, в работе исследуется связь между кругом субъектов аутентического (авторского) толкования и формой (источником) права, в которую автор облакает норму. Обозначен ряд дискуссионных вопросов: о субъекте авторского толкования при создании акта в порядке делегирования, и на-

родном правотворчестве, о судебном авторском толковании, об авторском толковании религиозных текстов и нормативных договоров. Показана взаимосвязь субъекта и объекта аутентического (авторского) толкования.

---



### Ключевые слова

толкование права, авторское толкование, аутентическое толкование, легальное толкование, делегированное толкование, субъекты толкования, Конституционный Суд Российской Федерации.

---

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

**Для цитирования:** Минникес И.А., Минникес И.В. Аутентическое (авторское) толкование: теоретико-правовой и конституционно-правовой аспекты // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. №3. С. 36–55.

УДК: 340.1

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.36.55

## Введение

Проблема аутентического толкования сложна и многогранна. С одной стороны, такой вид толкования известен давно, упоминается практически во всех учебниках теории государства и права, и его существование в настоящее время не вызывает сомнения. Методологическую основу для исследований в области толкования в целом и аутентического толкования, в частности, заложили российские юристы конца XIX — начала XX вв. Много внимания данному виду толкования уделялось в советский период, причем как в общей теории государства и права, так и в отраслевых юридических науках. В современной российской юриспруденции эта тема по-прежнему привлекает внимание ученых. Зарубежные исследователи также в той или иной степени затрагивали вопросы аутентического толкования. Интересные идеи об аутентическом толковании содержатся в трудах европейских юристов, континентальной школы права. Серьезные исследования в области толкования проводились и аналитиками англо-саксонской юридической школы.

Но, с другой стороны, несмотря на пристальное внимание российских и зарубежных юристов к проблемам толкования, крайне мало работ посвящено непосредственно аутентическому толкованию. Многие аспекты данного вида толкования остаются не до конца исследованными. Кроме того, в процессе исследования встает множество проблемных вопросов, касающихся данного вида толкования, которые нуждаются в однозначном решении и в контексте общей теории права, и в отношении юридической практики. Они

затрагивают и терминологию (в частности, как правильно называть такое толкование), и то, какая именно интерпретационная деятельность относится к аутентическому толкованию, и вопрос о том, кто может быть субъектом такого толкования, и многое другое. Выдвигалось даже предложение отказаться от аутентического толкования и оформить такой запрет законодательно.

В связи с обозначенными проблемами исследование вопроса об аутентическом толковании является обоснованным и актуальным.

## **1. Аутентическое толкование. Проблема терминологии**

Вопрос о «правильности» или «неправильности» терминов в юриспруденции во многом решается в контексте личных предпочтений, сложившихся установок и мнения законодателя. Наиболее распространенным в научных исследованиях является термин «аутентическое» толкование. В определенном смысле термин верен, так как слово «аутентическое» происходит от греческого «*authentikos*» и означает «подлинный, исходящий из первоисточника». Тем самым данный термин акцентирует внимание на заложенном в наименовании смысловом наполнении — это толкование, исходящее от органа, создавшего норму (от первоисточника).

Наряду с этим термином используется близкий по звучанию термин «аутентичное толкование», что создает неудобства в правильном понимании сущности данного вида толкования. Поэтому важно разобраться в соотношении данных терминов.

В российской юриспруденции конца XIX — начала XX в. встречаются оба термина. Так, в материалах для пересмотра российского уголовного законодательства, подготовленных в 1883 г. под руководством профессора Н.С. Таганцева и представляющих собой сборник дополнительных узаконений к французскому и германскому уголовным уложениям, содержится ссылка на закон, касающийся аутентического толкования [Таганцев Н.С., 1883: 199–200]. В переведенных на русский язык немецких Пандектах параграф 37 посвящен именно аутентическому толкованию [Дернбург Г., 1906: 9]. В обзоре действующего законодательства кассационной практики Правительствующего Сената 1912 г. также используется термин «аутентическое толкование» [Гуляев А.М., 1912: 26].

В то же время в «Очерках действующего русского права» 1913 г. говорится об аутентичном толковании [Казанский П.Е., 1913: 484–522]. Таким образом, термины «аутентическое толкование» и «аутентичное толкование» в то время часто рассматривались как совпадающие по значению.

Такой подход наблюдается и в современных исследованиях. Так, белорусский ученый Г.А. Василевич определяет аутентическое толкование (оно

же аутентическое) как толкование, основанное на первоисточнике [Василевич Г.А., 2017: 21]. Суть данного вида толкования автор отразил безусловно верно, а отождествление терминов отражает его авторскую позицию. Однако некоторые современные авторы отождествляют понятия «аутентическое» и «аутентичное», не вникая в их содержание [Петрушев В.А., 2006: 14–18]. Думается, что такой подход является поверхностным и не отражает реалий интерпретационной практики.

Большинство современных исследователей применительно к данному виду толкования используют термин «аутентическое толкование». Это более обоснованный подход. Использование термина «аутентическое толкование» указывает на связь с первоисточником, т.е. с субъектом — автором предписания. Термин же «аутентичное толкование» больше относится не к субъекту, а объекту толкования, к толкуемому тексту.

Большое теоретическое и практическое значение это имеет в международном праве при толковании международных договоров [Перетерский И.С., 1959: 132–140]. Так, когда устанавливается аутентичность текстов договоров, оформленных на языках участников договора, при толковании прежде всего исходят из объекта. Причем это касается не только толкования договоров, но и разработки равно аутентичных текстов договоров на разных языках, их юридической аутентичности и семантической адекватности [Евинтов В.И., 1979: 82–102]. В применении международно-правовых норм такая проблема встает, например, при толковании аутентичного текста соглашения о Международном валютном фонде в процессе применения данного соглашения [Шамсиев Х.Р., 1998: 22–26].

Обращали внимание на этот аспект и зарубежные исследователи. Так, Л. Оппенгейм в «Курсе международного права» в разделе о толковании договора рассматривает вопрос именно об аутентичном толковании и компромиссной оговорке [Оппенгейм Л., 1949: 469–470].

Думается, что в первую очередь от объекта идут и тогда, когда речь идет о восполнении пробелов при применении права по аналогии или толковании оценочных понятий, ориентируясь в первую очередь на текст, точнее, на его содержание. При этом субъектом толкования может быть и не орган, создавший норму.

Термин «аутентичное толкование» встречается в иностранной юридической литературе, переведенной на русский язык — например, в монографии болгарского исследователя Б. Спасова «Закон и его толкование», изданной на русском языке в 1986 г. [Спасов Б.П., 1986], а в Болгарии на языке оригинала — в 1983 г. [Спасов Б.П., 1983]. Однако здесь встает неизбежный вопрос о точности перевода: отражает ли этот термин позицию самого автора, либо на выбор соответствующего термина повлияло мнение переводчика, тем более что в данном случае перевод был выполнен с сокращениями.

Исходя из сказанного, следует заключить, что из существующих терминов более предпочтительным и точным в смысловом контексте является термин «аутентическое толкование». Однако это наименование фактически идентично более понятному названию «авторское». Следовательно, можно предложить использовать более удобный термин «авторское толкование», но в целях постепенной и безболезненной имплементации данного термина в научный оборот, практику и учебный процесс, предлагается снабдить его дополнительным уточнением «аутентическое». Именно таким наименованием обозначен данный вид толкования в настоящем исследовании.

## **2. Проблема содержания понятия аутентического (авторского) толкования**

Наиболее распространенный подход российских юристов конца XIX — начала XX вв. к проблеме аутентического (авторского) толкования отражен в известных лекциях Н.М. Коркунова по общей теории права. Он писал, что в старое время по субъекту, от которого исходит толкование, различали доктринальное и легальное толкование. Доктринальное — это то, которое совершается лицами, применяющими закон, и сила которого основывается не на разумности. Легальное — это толкование, устанавливаемое обычаем (узуальное) или даже самим законодателем (аутентическое) и основывающееся не на разумности, а на авторитете обычая или законодательной власти. При этом со ссылкой на Ф. фон Савиньи автор утверждал, что толкование мыслимо только как доктринальное. Так называемое аутентическое толкование — это не что иное, как закон. По мнению Н.М. Коркунова, выражение «законодательное толкование закона» нелепо и сводится к тому, что, прикрываясь толкованием, закону придают обратную силу [Коркунов Н.М., 1886: 347].

Эту же точку зрения выразил в учебнике «Энциклопедия права» Е.Н. Трубецкой. Также опираясь на Савиньи, он указал, что толкование может быть только доктринальным, а деление легального толкования на узуальное и аутентическое неправильно, так как аутентическое толкование есть просто новый закон. Е.Н. Трубецкой утверждал, что толкование, исходящее от законодателя, имеет обязательную силу, совершенно одинаковую с толкуемой нормой [Трубецкой Е.Н., 1917: 143].

Г.Ф. Шершеневич полагал, что толкование — это процесс совершенно свободный, сила его заключается в логической убедительности и не имеет никакой обязательности независимо от того, от кого оно исходит. Толкование более образованных лиц может обладать большим нравственным авторитетом, но не обладает никаким юридическим авторитетом. Такое толкование и является настоящим, хотя, по мнению Г.Ф. Шершеневича, неправильно на-

зывать его доктринальным. Что же касается аутентического толкования, то оно лишь под видом толкования стремится встать наряду с доктринальным. Сила аутентического толкования не в убедительности, а в обязательности. Так как оно исходит от законодателя, это не толкование, а закон. Вместе с тем автор выделял признаки аутентического толкования: оно должно быть издано в форме закона, почему аутентическим толкованием не могут быть признаны разъяснения Сената; оно должно быть издано с целью истолкования, почему аутентическим толкованием не могут признаны позднейшие законы, из которых извлекается разъяснение законам более ранним [Шершеневич Г.Ф., 1910: 725–726].

Наиболее подробно в то время проблемы толкования были исследованы Е.В. Васьковским. Он считал, что учение о толковании должно распадаться на три главные части: о словесном толковании, о реальном толковании и о логическом развитии норм. Среди средств реального толкования автором на первое место ставятся «авторитетные разъяснения». Авторитетность может быть внешней (или формальной), которая присуща разъяснениям, облеченным в форму какого-либо источника права и потому они юридически обязательны. Кроме того, авторитетность может быть внутренней (или материальной), когда разъяснения очевидны и бесспорно правильны. Среди формально-авторитетных разъяснений (легальное толкование) первое место, по мнению автора, занимает аутентическое толкование, которое содержится в законодательных нормах. Причем в отличие от других авторов, Е.В. Васьковский, который помимо педагогического опыта имел большой опыт работы в адвокатуре и суде, не отвергал аутентического толкования. Наоборот, исследовав его, также выделил основные признаки данного вида толкования. К таким признакам он относил: результат аутентического толкования представляет собой законодательную норму, которая должна обладать всеми признаками нормы права, должна быть надлежащим образом санкционирована и обнародована; значение аутентического толкования имеет не всякая норма, разъясняющая другую норму, а только та, которая издана именно с целью разъяснить другую; аутентическое толкование принимается к руководству независимо от своей правильности или неправильности [Васьковский Е.В., 1901: 121–123].

Таким образом, российские юристы конца XIX — начала XX вв. либо отвергали существование аутентического толкования, либо считали его формой закона.

В советской юриспруденции сложился несколько иной подход к проблеме аутентического (авторского) толкования. Большинство исследователей считали его разновидностью официального толкования. Обязательным элементом такого толкования являлось то, что разъяснение исходит от органа, установившего толкуемую норму [Недбайло П.Е., 1960: 346]; [Лукашева Е.А.,

1973: 485]. По мнению А.С. Пиголкина, «право аутентического толкования, естественно, специально нигде не оговаривается, поскольку оно логически вытекает из права того или иного органа на нормотворчество» [Пиголкин А.С., 1962: 126]. А.Ф. Черданцев также совершенно обоснованно писал, что «право аутентического толкования логически вытекает из права издания нормативных актов (*argumentum majori ad minus*). Если тот или иной орган обладает нормотворческой компетенцией, то он обладает и компетенцией толкования своих нормативных актов» [Черданцев А.Ф., 1979: 145].

В целом такая трактовка оправдана. Подобно советским юристам, Б. Спасов писал, что официальное толкование подразделяется на аутентичное и неаутентичное (в советской литературе больше распространен термин «легальное толкование»). Более того, по его мнению, аутентичное толкование является наиболее авторитетным и компетентным, поскольку орган, создавший норму, может наиболее точно раскрыть ее содержание [Спасов Б.П., 1986: 148].

В современной российской юриспруденции во многом повторяется подход, сформировавшийся в советской юридической науке, но в то же время есть и определенные новации. Так, А.В. Смирнов и А.Г. Манукян пишут, что официальное толкование распадается на легальное и судебное. Легальное (оно же аутентическое) исходит от органа, установившего данную юридическую норму, либо от иного органа, уполномоченного законодателем давать разъяснения по тем или иным правовым вопросам. Аутентическое разъяснение, исходящее от самого законодателя, по существу, есть новый закон. Легальное толкование, по мнению авторов, всегда нормативно, т.е. общеобязательно. Однако границы этой общеобязательности могут быть различны [Смирнов А.В., Манукян А.Г., 2008: 19–20].

С таким подходом согласиться трудно. По сути авторы не создали новой классификации, а, взяв за основу уже известную, ограничились заменой терминов. Аутентическое толкование они называют легальным, не отличая его от делегированного толкования. Кроме того, вызывает возражения тезис о границах общеобязательности. В данном случае авторы смешивают такие понятия как общеобязательность и действие акта (в том числе и интерпретационного) по кругу лиц.

Наиболее радикальная точка зрения по поводу аутентического толкования была сформулирована В.С. Нерсесянцем. Автор поставил вопрос о недопустимости аутентического толкования как противоречащего основным началам права и правового государства. Позиция В.С. Нерсесянца была основана на следующих аргументах: аутентическое толкование не предусмотрено действующим законодательством; необходим прямой запрет на занятие государственными органами подобной деятельностью; издание нормативных правовых актов и осуществление их официального нормативного

толкования — совершенно разные функции, а поэтому в условиях разделения властей нельзя допустить, чтобы один орган одновременно обладал двумя соответствующими полномочиями [Нерсесянц В.С., 2000: 500-502].

При всем уважении к автору его позиция оспорима. Во-первых, право аутентического толкования вытекает из самих правотворческих полномочий органа, принявшего правовую норму.

Во-вторых, прямой запрет аутентического толкования значительно усложнит процедуру правотворчества и сделает ее более затратной. Когда вступает в силу новый нормативный акт, то у правоприменителей неизбежно возникают вопросы по поводу того, как этот акт правильно понимать и применять. Если есть возможность эти вопросы разрешить посредством аутентического толкования, разумнее прибегнуть именно к нему, поскольку альтернативой будет правотворчество, а это и дольше, и влечет за собой возложение дополнительного бремени на государственный бюджет.

Наконец, в-третьих, существование аутентического толкования ни в коей мере не противоречит теории разделения властей, так как и законодательные, и исполнительные, и судебные органы занимаются толкованием в пределах своей компетенции, и это одна из составляющих их деятельности. Кроме того, трудно представить создание самостоятельной ветви власти, которая занималась бы только толкованием. В существующих реалиях любого государства это невозможно.

Из современных российских исследователей наиболее интересную и перспективную позицию по поводу аутентического толкования занимает Я.Н. Колоколов. Он считает, что аутентическое официальное толкование норм права — особая разновидность правотворящей юридической деятельности посредством официальной нормативной и казуальной интерпретации правовых норм, осуществляемой компетентным органом на основе специальных принципов особыми методами по собственной инициативе или по требованию правоприменителей, состоящая в уяснении и разъяснении собственных нормативных правовых предписаний путем издания соответствующих актов толкования, имеющих обязательный характер, с целью установления подлинной воли нормодателя, конкретизации правовых требований, устранения дефектов правотворчества, достижения единообразия правоприменения, развития организационно-творческих возможностей государственных установлений для их эффективной практической реализации. По субъектам, осуществляющим аутентическое толкование юридических норм, автор различает аутентическое толкование, осуществляемое «органами законодательной власти, Президентом, Правительством, министерствами и ведомствами, органами государственной власти субъектов, Конституционным Судом, Верховным Судом». К типичным формам аутентического официального толкования правовых норм он относит нормы-дефиниции;

законы-разъяснения; постановления Государственной Думы о порядке применения акта об амнистии; указы-разъяснения; интерпретационные постановления Правительства; определения-разъяснения Конституционного Суда; акты-разъяснения законодательных органов субъектов федерации; методические разъяснения; органов исполнительной государственной власти; разъяснения общественных организаций [Колоколов Я.Н., 2011: 8–9].

Подход Я.Н. Колоколова не бесспорен. Можно дискутировать с ним и по поводу понятия аутентического толкования (оно излишне широко), и по поводу субъектов аутентического толкования (вызывает сомнение отнесение к аутентическому толкованию разъяснений общественных организаций), но в целом позиция автора заслуживает поддержки.

В зарубежной юриспруденции проблемам толкования уделялось и уделяется большое внимание. Начать следует с некоторых общих вопросов, которые легли в основу многих теоретических и отраслевых исследований, а также практики толкования. Так, известный польский теоретик права Е. Врублевский глубоко исследовал вопрос о праве на толкование закона [Wroblewski J., 2015]. Именно право на толкование определяет то, от какого субъекта исходит толкование, и является основанием для выделения видов толкования по субъектам, в том числе и такого вида, как аутентическое толкование.

Нельзя обойти вниманием и монографию сотрудницы немецкого Института государства и права Академии наук (в то время — ГДР) Р. Свенссон «Конкретизация правовых норм». В данном научном исследовании автор анализирует проблему соотношения понятий конкретизации и интерпретации, причем интерпретация рассматривается как составная часть конкретизации [Svensson R., 1982]. Конкретизация, по мнению Р. Свенссон, может осуществляться в различных формах, в том числе и посредством интерпретации. С этим следует согласиться. Но на практике при аутентическом толковании интерпретация зачастую превращается в правотворческую конкретизацию, когда интерпретатор в процессе толкования, по сути, формулирует новую норму права.

В западноевропейской юридической литературе наблюдается более широкий подход к проблемам толкования. Французский исследователь Ж. Шевалье в работе «Юридическая доктрина и юридическая наука» выделяет четыре этапа воздействия правовой доктрины на процесс создания права. Первым таким этапом он называет процесс толкования норм права. За ним следуют такие этапы как систематизация норм, формулирование новых понятий и участие в разработке правовых норм. Автор отмечает, что посредством толкования становятся ясными понятия, разъясняются не совсем ясные тексты, разрешаются противоречия. И, что очень важно, качественное толкование фиксирует содержание нормы [Chevallier J., 2002: 103–119].

Разумеется, можно дискутировать с автором об очередности этапов, о выделении дополнительных этапов, но с методологической точки зрения безусловно интересен представляет вывод — «качественное толкование фиксирует содержание нормы». Имеется в виду, что такое толкование разрешает неясности содержания нормы. Фиксация содержания может осуществляться различными способами, в том числе и посредством интерпретационного акта. Необходимость в фиксации содержания предопределяет необходимость любого толкования, в том числе и аутентического.

Из современных европейских исследований интересны научные разработки К. Бернер из Берлинского университета имени Гумбольдта. Являясь специалистом в области международного публичного права, автор делает ряд интересных выводов общетеоретического плана. Так, она обоснованно полагает, что следует различать подзаконное правотворчество и аутентическое толкование. Вместе с тем автор допускает правотворчество посредством толкования. По ее мнению, любая попытка провести разграничение между обязательными аутентическими интерпретациями и правотворчеством может оказаться иллюзорна. К. Бернер считает, что аутентическое толкованием является законотворчеством во всем, кроме названия [Berner K., 2016: 845–878].

Приведенные выше позиции характерны в большей степени для специалистов континентальной правовой системы.

В англосаксонской правовой школе наблюдаются иные подходы. Там основной акцент делается и отдается предпочтение судейскому толкованию, поэтому аутентическое толкование вызывает гораздо меньший интерес. Наиболее ярко эту позицию выразил Р. Дворкин в работе «Империя права». По его мнению, право — это развивающаяся система актов интерпретации принципов справедливости, целесообразности и надлежащей процедуры, которая формируется судьями в процессе толкования прошлых политических и юридических решений. Понятие права, по мнению Р. Дворкина, это «толковательное понятие» [Dworkin R., 1986: 95]. Тем самым фактически отождествляется правотворческая и интерпретационная деятельность, что вполне оправдано с позиций англосаксонской правовой системы, где суды признаются субъектами правотворчества.

Названные подходы к понятию аутентического (авторского) толкования дают богатую пищу для размышления, что говорит о сложности и неоднозначности понимании этого правового явления.

### **3. Субъекты аутентического (авторского) толкования**

Определение круга субъектов аутентического (авторского) толкования, на первый взгляд, не содержит никаких трудностей. Следует лишь перечислить тех, кого можно именовать авторами того или иного акта.

Однако не все однозначно. Если положить в основу рассуждений тезис: право на создание нормативно-правовых актов предполагает и право на их толкование, то можно предположить, что субъектом аутентического (авторского) толкования может быть любой государственный или негосударственный орган, являющийся субъектом правотворчества. Этот вариант можно назвать расширенным подходом к определению круга субъектов аутентического толкования.

Если же исходить из того, что полномочия по толкованию собственных актов должны быть специально оговорены, установлена процедура толкования и должен быть предусмотрен формализованный результат (акт-документ), то круг субъектов аутентического (авторского) толкования резко сузится и можно говорить об узком подходе к кругу субъектов. Однако в обоих случаях субъектом правотворчества и субъектом толкования выступает один и тот же орган.

Хотя аутентическое (авторское) толкование чаще всего рассматривается в контексте толкования актов нормативно-правового характера, вопрос о субъектах толкования именно законов зачастую порождает ряд проблем. Одна из проблем — это право аутентического (авторского) толкования, признаваемое за теми органами, которые, по сути, авторами норм не являются. Прежде всего речь идет о практике советских постоянно действовавших органов в структуре представительных органов, а также органов с аналогичным статусом в иных социалистических странах.

В советской юриспруденции большое распространение имела точка зрения, согласно которой аутентическим толкованием занимались президиумы высших органов народного представительства. Так, например, А.С. Пиголкин считал, что толкование, которое дают президиумы верховных советов, является аутентическим толкованием [Пиголкин А.С., 1962: 127]. Сторонники этой точки зрения исходили из того, что высшие органы власти социалистических государств не занимаются толкованием законов. Постоянно действующие органы государственной власти способны оперативно устранять неясности и затруднения при применении того или иного закона [Лукашева Е.А., 1973: 485–486].

Советские юристы в подтверждение своих доводов ссылались на п. 5 ст. 121 Конституции СССР (1977), согласно которой Президиум Верховного Совета СССР дает толкование законов СССР. В дополнение следует отметить, что ранее Конституция СССР (1936) тоже давала Президиуму Верховного Совета СССР право давать толкование действующих законов СССР (п. «б» ст. 49). Аналогичные полномочия были предоставлены президиумам верховных советов союзных республик по толкованию законов союзных республик — например, п. «б» ст. 33 Конституции РСФСР (1937), п. 6 ст. 115 Конституции РСФСР (1978).

Президиумы высших представительных органов автономных советских социалистических республик также имели право толковать законы автономных республик. Так, В.В. Лазарев в одной из своих работ в подтверждение данного довода ссылается на ст. 30 Конституции Татарской Автономной Советской Социалистической Республики [Лазарев В.В., 1972: 87]. Ф.Н. Фаткуллин придерживался аналогичной точки зрения, правда, делал своеобразную оговорку: «Аутентическое толкование чаще всего производится тем органом, которым создана данная норма права» [Фаткуллин Ф.Н., 1987: 249]. Сейчас трудно однозначно говорить, какой смысл вкладывал автор в словосочетание «чаще всего». Можно лишь предположить, что Ф.Н. Фаткуллин имел в виду толкование, исходящее от органа, издавшего закон, но допускал толкование и иным органом (Президиумом Верховного Совета).

Во многом сходная ситуация сложилась в правовых исследованиях иных социалистических стран. Б. Спасов писал, что п. 8 ст. 93 Конституции Народной Республики Болгария закрепляет право Государственного совета (*аналог Президиума Верховного Совета* — курсив авторов) давать обязательные для всех толкования законов и нормативных указов. Он отмечал, что «...чтобы понять сущность и смысл, его необходимо интерпретировать во взаимосвязи со всем конституционным текстом, который характеризует Государственный совет как высший постоянно действующий орган государственной власти, как орган Народного собрания. Это и определяет в сущности право Государственного совета давать обязательные для всех толкования законов и нормативных указов, являющихся конкретным выражением его конституционного статуса» [Спасов Б.П., 1986: 140].

Однако по некоторым позициям теоретические разработки Б. Спасова не полностью совпадали с мнением большинства советских юристов. Он писал, что «приведенная классификация вызывает ряд вопросов, связанных с деятельностью Государственного совета по толкованию. Как известно, на него возложена обязанность толковать как законы, так и нормативные указы. Что касается указов, то их толкование в таких случаях всегда аутентичное, поскольку указы могут издаваться только Государственным советом, и, следовательно, выяснение и разъяснение, которые он дает, является толкованием, даваемым автором этого текста. По-другому стоит вопрос в связи толкованием законов. Когда это делает Государственный совет, то вполне очевидно, что он — не автор толкуемого текста. Вывод в данном случае может быть только один — это не аутентичное толкование» [Спасов Б.П., 1986: 148].

Такой подход является более правильным и заслуживает поддержки. Причем это относится не только к болгарской теории и практике толкования. Он полностью применим и к советской действительности. Президиумы верховных советов сами не принимали законы, которые толковали, и

не являлись их авторами. Это была компетенция самих верховных советов. Так, согласно ст. 114 Конституции СССР (1977), «закон СССР считается принятым, если в каждой из палат Верховного Совета СССР за него проголосовало большинство от общего числа депутатов палаты. Постановления и иные акты Верховного Совета СССР принимаются большинством от общего числа депутатов Верховного Совета СССР». Аналогичная практика принятия законов была закреплена и в конституциях союзных и автономных республик.

Следовательно, толкование, исходящее от президиумов верховных советов, нельзя рассматривать как толкование издавшего норму органа, а значит, оно не является авторским (аутентическим) толкованием. Следует отметить, что подобная точка зрения присутствовала и в советской юриспруденции еще в 1970-х годах. Так, В.В. Лазарев считал, что толкование законов президиумами верховных советов — это не аутентическое, а легальное толкование [Лазарев В.В., 1972: 87], а А.Ф. Черданцев относил такой вид толкования к делегированному толкованию [Черданцев А.Ф., 1979: 146]. Такая позиция более обоснована.

Еще одна проблема возникает при определении круга субъектов аутентического (авторского) толкования, если право создания нормы делегировано одним органом другому. Если придерживаться строгого узкого подхода к пониманию авторства, то на аутентическое (авторское) толкование может претендовать лишь тот, кто издал предписание непосредственно. Однако его право производно от права того органа, в чьей компетенции находится издание акта. Можно предположить, что в таком разрезе субъектом аутентического (авторского) толкования будет уже не непосредственный исполнитель, а первоначально управомоченный орган. Правда, возможен и третий вариант — когда в качестве авторов принимаются оба органа и соответственно статус субъектов аутентического (авторского) толкования можно признать и за тем, и за другим.

Во-вторых, не все авторы правовых предписаний могут толковать их. Здесь речь идет не только о запрете, выраженном на правовом уровне. Есть такие субъекты правотворчества, которые по вполне объяснимым причинам не в состоянии прибегнуть к толкованию. Например, если рассматривать правотворческий процесс, включающий референдум, субъектом правотворчества является народ. При этом возможное включение такого субъекта в круг субъектов аутентического (авторского) толкования выглядит весьма сомнительно. С одной стороны, в этом видится противоречие со ст. 3 Конституции Российской Федерации, согласно которой «носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ». Но, с другой стороны, в этой ситуации технически трудно представить возможность аутентического (ав-

торского) толкования, в частности, как может быть организован механизм такого толкования.

Еще менее реальным выглядит аутентическое (авторское) толкование предписаний, оформленных правовым обычаем, если только не признать право авторства за органом, который придал обычаю характер правового.

В-третьих, изучая круг субъектов аутентического (авторского) толкования, необходимо помнить, что норма права может быть воплощена не только в статью нормативного правового акта. Как правило, в нашей правовой науке основной упор делается именно на этот источник права, однако не меньший интерес и значимость, особенно в сравнительно-правовом контексте, имеют проблемы аутентического (авторского) толкования предписаний, содержащихся в нормативных договорах.

В случае необходимости аутентического толкования нормативного договора логично предположить, что субъектами толкования могут быть стороны, подписавшие этот договор.

Серьезные трудности связаны с определением круга субъектов аутентического (авторского) толкования при толковании религиозных текстов, поскольку само толкование может оцениваться и как интерпретационная деятельность, и как правотворческий процесс. Данная проблема, как и вопрос о субъектах аутентического (авторского) толкования правовых доктрин, принципов права и иных источников нуждается в глубоком и всестороннем исследовании, которое намного превосходит рамки данной работы.

Наиболее дискуссионным в контексте исследования круга субъектов аутентического (авторского) толкования является вопрос о судебных органах. Правда, здесь при определении круга субъектов следует прежде всего решить вопрос об объекте толкования, а именно о том, что толкуется: норма права либо любой юридический текст, созданный на основе этой нормы?

Если под объектом толкования понимать только норму права, то в условиях российской действительности все судебные органы должны быть исключены из числа субъектов аутентического (авторского) толкования. Даже интерпретационная деятельность высших судебных инстанций в лице Конституционного Суда Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации при таком подходе должна быть отнесена к легальному (делегированному) толкованию. Эти суды, хотя и наделены правом официального толкования, не участвуют в процессе создания толкуемых норм.

Если же под объектом толкования понимать любой юридический акт-документ, то круг субъектов аутентического (авторского) толкования значительно расширяется. К ним будет относиться любой орган, создавший данный акт-документ и обладающий правом толковать созданный им акт. Причем, помимо нормативно-правовых, к таким актам будут относиться и правоприменительные, и интерпретационные, и, возможно, иные акты.

Обратимся к практике Конституционного Суда Российской Федерации. Его итоговое решение по делу — сложнейший по форме и содержанию акт, который содержит предписания и нормативного, и индивидуального характера, что позволяет говорить и о правотворческой, и о правоприменительной деятельности этого органа.

Вместе с тем Конституционный Суд активно занимается и интерпретационной деятельностью. Когда он в силу предоставленных ему законом полномочий толкует законы и иные нормативные акты, это относится к делегированному толкованию. Но когда он разъясняет собственные решения, это и есть аутентическое (авторское) толкование. Такой вывод позволяет сделать ст. 83 «Разъяснение решения» Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», согласно которой решение Конституционного Суда может быть официально разъяснено только самим судом<sup>1</sup>.

Аутентическое (авторское) толкование собственных решений возможно и в практике судов общей юрисдикции. Так, в соответствии со ст. 202 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, «в случае неясности решения суда суд, принявший его, по заявлению лиц, участвующих в деле, судебного пристава-исполнителя вправе разъяснить решение суда, не изменяя его содержания»<sup>2</sup>. Таким образом, суд разъясняет собственное решение, и, поскольку является его автором, следовательно, может рассматриваться и как субъект аутентического (авторского), точнее, аутентического судебного толкования.

Следует еще раз оговориться, что такой подход возможен только при широком понимании объекта толкования.

Проблема аутентического (авторского) толкования имеет еще ряд аспектов, которые важны и с позиций общей теории права, и с позиций юридической практики. Здесь же авторы статьи подвергли анализу лишь некоторые вопросы, касающиеся понятия и субъектов аутентического (авторского) толкования.

## **Заключение**

Подводя итоги сказанному, обозначим следующие моменты:

Вопрос терминологии.

Термин «аутентическое толкование» является наиболее предпочтительным. Термин «аутентичное толкование» более относится к объекту, нежели субъекту толкования. Так как термин «аутентическое» по содержанию иден-

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

тичен термину «авторское», предлагается использовать как более удобный и точный по содержанию термин «аутентическое (авторское) толкование».

Субъекты аутентического толкования.

Необходимо исходить из того, что аутентическое (авторское) толкование может быть только официальным. Круг субъектов во многом определяется источником права, в котором содержится толкуемая норма, и формой правотворчества. В большинстве случаев такое толкование исходит от того органа, которым создана правовая норма, содержащаяся в нормативно-правовом акте. При других формах правотворчества картина выглядит не так однозначно.

При толковании нормативного договора субъектами аутентического (авторского) толкования могут быть стороны договора.

Если исходить из того, что субъект правотворчества и субъект аутентического толкования всегда совпадают, то в случае референдума аутентическое толкование невозможно.

Ряд сложностей теоретического и практического плана возникает при толковании правового обычая, а также правовой доктрины, религиозных текстов и иных источников права, которых принято называть нетипичными.

Проблема объекта аутентического (авторского) толкования.

Если исходить из того, что объектом данного толкования является только норма права, то круг субъектов аутентического (авторского) толкования ограничивается только субъектами правотворчества.

Если же под объектом аутентического (авторского) толкования понимать любой официальный юридический акт-документ, то круг объектов такого толкования значительно расширяется. В него включаются все органы и должностные лица, уполномоченные на создание такого акта. Второй подход выглядит более приемлемым.

Безусловно, необходимы дальнейшие исследования данной проблематики, так как развивающаяся интерпретационная практика ставит перед юридической наукой все новые и новые вопросы.



## Библиография

Василевич Г.А. Толкование (разъяснение) нормативно-правовых актов (теория и практика) // Правоприменение. 2017. Т.1. № 1. С. 19–27.

Васьковский Е.В. Учение о толковании и применении гражданских законов: Цивилистическая методология. Ч. 1. Одесса: Экон типография, 1901. 400 с.

Гуляев А.М. Русское гражданское право: Обзор действующего законодательства, кассационной практики Правительствующего Сената и проекта гражданского уложения. 3-е изд. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1912. 500 с.

Дернбург Г. Пандекты: Общая часть / пер. с нем. Т. 1. М.: Univ. тип., 1906. 481 с.

- Евинтов В.И. Многоязычные договоры в современном международном праве (особенности подготовки и толкования). Дис. ... к.ю.н. Киев, 1979. 199 с.
- Казанский П.Е. Власть всероссийского императора: Очерки действующего русского права. Одесса: Техник, 1913. 1000 с.
- Колоколов Я.Н. Аутентическое официальное толкование норм права: теория, практика, техника. Автореф. ... к. ю. н. Н. Новгород, 2011. 36 с.
- Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб.: Изд. Н.К. Мартынова, 1886. 364 с.
- Лазарев В.В. Применение советского права. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. 200 с.
- Лукашева Е.А. (отв. ред.) Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Социалистическое право. М.: Юрид. лит., 1973. 648 с.
- Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. М.: Госюриздат, 1960. 511 с.
- Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: НОРМА, 2000. 552 с.
- Оппенгейм Л. Международное право: Мир. Т. 1. / пер. с нем. М.: Изд-во иностр. лит., 1949. 547 с.
- Перетерский И.С. Толкование международных договоров. М.: Госюриздат, 1959. 172 с.
- Петрушев В.А. Аутентичное толкование права: законодательная регламентация и практика применения // Вестник Российской правовой академии. 2006. № 2. С. 14–18.
- Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М.: Госюриздат, 1962. 166 с.
- Смирнов А.В., Манукян А.Г. Толкование норм права. М.: Проспект, 2008. 144 с.
- Спасов Б.П. Закон и его толкование / пер. с болг. М.: Юрид. лит., 1986. 248 с.
- Спасов Б.П. Законодательство и тълкуване на законите. София, 1983. 345 с.
- Таганцев Н.С. (ред.) Материалы для пересмотра нашего уголовного законодательства: Сборник дополнительных узаконений к французскому и германскому уголовным уложениям. Т. 7. СПб.: Сенат, 1883. 786 с.
- Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. М.: Тип. А.И. Мамонтова, 1917. 227 с.
- Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права: курс лекций. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1987. 336 с.
- Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М.: Юрид. лит., 1979. 168 с.
- Шамсиев Х.Р. Экстерриториальное применение норм валютного контроля: Дис. ... к.ю.н. М., 1998. 176 с.
- Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М.: Изд-во Башмаковых, 1910. 805 с.
- Berner K. Authentic Interpretation in Public International Law. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2016, no 4, S. 845–878.
- Chevallier J. Doctrine juridique et science juridique. Droit et societe, 2002, no 50, pp. 103–119.
- Dworkin R. Law's empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986. 470 p.
- Svensson R. Konkretisierung von Rechtsnormen. Berlin: Akad. Verl., 1982. 72 S.
- Wroblewski J. Pisma wibrane. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015. 480 s.
-

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 3**

### **Authentic (Author's) Interpretation: Theoretical-Legal and Constitutional Legal Aspects**



**Iliia A. Minnikes**

Associate Professor, Department of Legal Theory and Comparative Law, Institute of Legal Research, Baikal State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 11 Lenina St., Irkutsk 664003, Russia. E-mail: iaminnikes@yandex.ru



**Irina V. Minnikes**

Professor, Chief Researcher, Institute of Legal Research, Baikal State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 11 Lenina St., Irkutsk 664003, Russia. E-mail: ivminnikes@mail.ru



#### **Abstract**

The aim of the research is to study the legal nature of authentic interpretation, its content and meaning as an independent type of interpretation of law, as well as to establish the set of subjects of such interpretation. The methodological basis of the research is formed by General scientific methods: dialectical, logical, system-structural, comparative, etc.; as well as private scientific methods: historical-legal, formal-legal, comparative-legal. It is noted that the term «authentic interpretation» was given diverse meanings at different stages of the development of Russian legal science. In the 19-early 20th century, authentic interpretation was identified with law-making. In Soviet legal science, an authentic interpretation was considered to come from both the subject of law-making and other authorized bodies. Modern research focuses on the government Agency that interprets the norm. It is proposed to replace the term «authentic» with the term «author's», since this name more accurately characterizes this type of interpretation. The article shows the main approaches to understanding authentic (author's) interpretation in Russian and foreign jurisprudence. It is established that when determining the range of subjects of the author's interpretation, it is necessary to consider the presence or absence of legal formalization of the power to interpret the norm. If we assume that the right to create and formalize norms automatically generates the right to interpret them, then the subject of authentic (author's) interpretation can be any state or non-state body that is the subject of law-making. If we assume that the author's authority to interpret their acts and its implementation should be regulated by the law, the range of subjects of author's (authentic) interpretation will be sharply narrowed. In addition, the research examines the relationship between the range of subjects of authentic (author's) interpretation and the form (source) of law in which the author puts the norm. Several controversial problems are identified: the subject of author's interpretation when creating an act in the order of delegation, and people's law-making, judicial author's interpretation, the author's interpretation of religious texts and normative agreements. The relationship between the subject and the object of authentic (author's) interpretation is demonstrated.



#### **Keywords**

Interpretation of law; author's interpretation; authentic interpretation; legal interpretation; delegated interpretation; subjects of interpretation; Constitutional Court of the Russian Federation.

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

**For citation:** Minnikes I.A., Minnikes I.V. (2021) Authentic (Author's) Interpretation: Theoretical-Legal and Constitutional-Legal Aspects. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp.36–55 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.36.55



## References

- Berner K. (2016) Authentic Interpretation in Public International Law. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, no 4, pp. 845–878.
- Cherdantsev A.F. (1979) *Interpreting Soviet law*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 168 p. (in Russian)
- Chevallier J. (2002) Doctrine juridique et science juridique. *Droit et société*, no 50, pp. 103–119.
- Dworkin R. (1986) *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 470 p.
- Fatkullin F.N. (1987) *Issues of the theory of state and law*. Kazan': University, 336 p. (in Russian)
- Gulyaev A.M. (1912) *Russian civil law*. Saint Petersburg: M.M. Stasyulevich, 500 p. (in Russian)
- Dernburg G. (1906) *Pandekty: Common part. Vol. 1*, Moscow: MSU, 481 p. (in Russian)
- Evintov V.I. (1979) *Multilanguage treaties in the modern international law*. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Kiev, 199 p. (in Russian)
- Kazanskiy P.E. (1913) *Power of Russian emperor*. Odessa: Tekhnik, 1000 p. (in Russian)
- Kolokolov Y.N. (2011) *Authentic formal interpretation of legal acts*. Candidate of Juridical Sciences Summary. Nizhniy Novgorod, 36 p. (in Russian)
- Korkunov N.M. (1886) *Lectures on common theory of law*. Saint Petersburg: Martynov, 364 p. (in Russian)
- Lazarev V.V. (1972) *Applying Soviet law*. Kazan': University, 200 p. (in Russian)
- Nedbaylo P.E. (1960) *Applying Soviet legal norms*. Moscow: Gosyurizdat, 511 p. (in Russian)
- Nersesyants V.S. (2000) *General theory of law*. Moscow: Norma, 552 p. (in Russian)
- Oppengeym L. (1949) *International law*. Moscow: Inostrannaya literatura, 547 p. (in Russian)
- Pereterskiy I.S. (1959) *Interpreting international treaties*. Moscow: Gosyurizdat, 172 p. (in Russian)
- Petrushev V.A. (2006) Authentic interpretation of law. *Vestnik Rossiyskoy pravovoy akademii*, no 2, pp. 14–18 (in Russian)
- Pigolkin A.S. (1962) *Interpreting normative acts in the USSR*. Moscow: Gosyurizdat, 166 p. (in Russian)
- Smirnov A.V., Manukyan A.G. (2008) *Interpreting legal norms*. Moscow: Prospekt, 144 p. (in Russian)
- Spasov B.P. (1986) *Law and its interpretation*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 248 p. (in Russian)

- Spasov B.P. (1983) *Zakonodatelstvo i t'lkunave na zakonite*. Sofiya, 345 p.
- Trubeckoy E.N. (1917) *Encyclopedia of law*. Moscow: Mamontov, 227 p. (in Russian)
- Shamsiev H.R. (1998) *Exterritorial application of currency control*. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 176 p. (in Russian)
- Shershenevich G.F. (1910) *General theory of law*. Moscow: Bashmakov, 805 p. (in Russian)
- Svensson R. (1982) *Konkretisierung von Rechtsnormen*. Berlin: Academy, 72 p.
- Vasilevich G.A. (2017) *The interpretation of legal acts*. *Pravoprimerenie*, vol. 1, no 1, pp. 19–27 (in Russian)
- Vas'kovskiy E.V. (1901) *Interpreting and applying civil laws*. Odessa: Ekon tip., 400 p. (in Russian)
- Wroblewski J. (2015) *Selected writings*. Warszawa: Wolters Kluwer, 480 p. (in Polish)

# Диалектика противоречий в правовом регулировании налогообложения добавленной стоимости



**Д.Г. Бачурин**

Ведущий научный сотрудник, сектор финансового, налогового, банковского и конкурентного права Института государства и права Российской академии наук, кандидат юридических наук. Адрес: 119019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, 10. E-mail: 01ter@mail.ru



## **Аннотация**

В статье исследуется комплекс противоречий в отечественном налогообложении добавленной стоимости, которые обнаруживаются на границах систем государственного управления, налогово-бюджетного распределения, социального и хозяйственного воспроизводства. В числе общественных противоречий, которые не удается преодолеть в рамках законодательства и которые обнаруживают тенденцию к нарастанию во всех группах рассматриваемых правоотношений, обращено внимание на следующие: экономико-правовые (проявляющиеся в основном в сфере производства материальных благ); между характером правового регулирования налогообложения добавленной стоимости и уровнем развития производительных сил, между трудом и капиталом как основными факторами производства, влияющими на результативность правового регулирования налогообложения добавленной стоимости; финансово-правовые: между фактическим характером современной российской модели финансового перераспределения добавленной стоимости и социально-ориентированными целями использования средств, поступающих от налогообложения добавленной стоимости; правоохранные: между объявлением борьбы с коррупцией и положением, когда в основу большинства налоговых мошенничеств с НДС, выявленных в России, положены схемы, организованные и исполненные с участием должностных лиц контрольных и правоохранительных органов; между затратами сил и средств, которые отвлекаются на совершенствование правового регулирования НДС, и устойчивой неспособностью государства к ликвидации сетей НДС-мошенничеств, образующих новый сектор криминального бизнеса; социально-правовые, проявляющиеся в процессе структурных деформаций гражданского общества. Сделан вывод о необходимости реформирования НДС в русле сознательного, планомерного разрешения противоречий в правовом регулировании налогообложения добавленной стоимости, выраженных в действующем законодательстве. Основными условиями преодоления противоречий в правовом регулировании НДС выступают следующие законодательные ограничения: правовая политика государства направляется на справедливое финансово-правовое распределение поступлений НДС и фактическое сокращение неравенства в доходах между богатейшей и беднейшей частями населения; наибольшая часть налоговых платежей затрачивается в социальных секторах экономики на нужды большинства граждан; промышленная политика государства нацелена на рост капиталоемкого современного производства и производительности труда.



## **Ключевые слова**

налог на добавленную стоимость, товары, услуги, труд, капитал, противоречия правового регулирования НДС.

---

**Для цитирования:** Бачурин Д.Г. Диалектика противоречий в правовом регулировании налогообложения добавленной стоимости // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 56–81.

УДК: 34

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.56.81

## **Введение**

Если принять за основу положение о том, что налоговая система занимает подчиненное место по отношению к экономике, то трудно настаивать, что налогообложение в течение долгого времени может находиться в резком противоречии с интересами хозяйственного развития [Соколов А.А., 2003: 194]. История многократно подтверждает, что ценой неведения законодателя может быть неудобное и неэффективное налогообложение товаров и услуг, стимулирующее эрозию налоговой базы. Об этом свидетельствует опыт не только множества малых государств, но и отдельных крупных экономик. В частности, авторы публикаций отмечают, что современная Бразилия не является примером тщательно выверенных налоговых реформ [Kee J., 2003: 15]; [Amaral G., Olenike J., Amaral Viggiano L., 2008]; [Lukic M., 2007: 1–30], терпит поэтому значительные издержки [Rezende F., 2009: 1–50] и ведет активную подготовку к изменению налогообложения добавленной стоимости.

Современная практика свидетельствует, что действенность правового регулирования НДС обусловлена степенью его гармонизирующего воздействия на общественные структуры производства и потребления. Успех применения налогообложения добавленной стоимости в качестве регулятора экономического развития всецело зависит от понимания социальной картины мира и фактических условий финансово-правового распределения добавленной стоимости, а также набора правовых средств, которые можно использовать для тщательно выверенного совершенствования рассматриваемых отношений. Поэтому логично, что исследование правового регулирования НДС пересекается с новым осмыслением динамики, которую можно обнаружить в сферах хозяйственного воспроизводства и налогово-бюджетного распределения.

Механизм правового регулирования НДС, оказавшегося в зоне внутреннего и внешнего хищничества, охватившего страну, становится частью этой системы. На ее полюсах находятся две группы граждан России, положение и

устремления которых характеризует Д. Малган: «Трудно найти какие-либо примеры движений бедняков или обнищавших масс, требовавших «больше капитализма». Даже в застойных коммунистических обществах самые ревностные энтузиасты быстрого перехода к капитализму были инсайдерами, которые видели в рынках и приватизации более быстрый путь к обогащению и получению статуса» [Малган Д., 2014: 112–113].

Такой переход порождает соответствующие финансово-правовые формы. О специфике их применения уже в 1903 г. задумывается П.Х. Шванебах, отмечая, что «преимущество косвенных налогов, в высшей степени ценное при громадных бюджетах XX столетия, заключается в том, что фискальный механизм работает успешно и без шума даже при весьма высоких нормах обложения. Но есть граница и для косвенного обложения, которую переступить нельзя» [Шванебах П.Х., 1903: 46]. Если она нарушается, то правовое регулирование может не справиться с расширением противоречий связанных с ним общественных отношений.

Без надлежащего изучения таких социально-экономических противоречий крайне трудно получить полноценное понятие о проблемах правового регулирования налогообложения добавленной стоимости и сформировать конструктивные предложения по их разрешению.

## **1. Основные противоречия в правовом регулировании налогового перераспределения добавленной стоимости**

Ведя речь об исследованиях, проводимых с целью реформирования налогообложения добавленной стоимости, следует указать на их амбивалентный характер. В научно-популярных изданиях, посвященных НДС, часто применяется прием, на который обращает внимание У. Эко, отмечая возможность построения текста, воплощающего способность к забвению основных идей, «приводя беспорядочное множество деталей... текст скрывает ту беспредельную часть мира, которая его не интересует, заменяет наши представления о мире собственными исключительными представлениями о возможном универсуме так, что те отпечатываются и господствуют в нашем воображении» [Эко У., 2016: 91].

Например, в работе «Современный НДС», выполненной сотрудниками МВФ, приводятся обширные описания применения НДС на материале развивающихся стран [Эбрилл Л., Кин М., Боден Ж.-П., Саммерс В., 2003]. Однако наиболее важные сущностные аспекты налогообложения добавленной стоимости в странах Евросоюза в тексте исследования не затрагиваются. Фундаментальные идеи правового регулирования налогообложения добавленной стоимости остаются за пределами исследования. При этом если рас-

смагивать состояние экономик преимущественно африканских и островных государств и второстепенное положение НДС в системе их фискальных доходов, то возникают устойчивые сомнения в самой целесообразности введения данного налога в национальное налоговое законодательство этих стран.

Осознание важности исходного пункта в исследовании возможностей совершенствованию правового регулирования налогообложения добавленной стоимости позволяет обратиться к высказываниям профессора И.Т. Тарасова в лекциях по финансовому праву, прочитанных в Демидовском юридическом лицее в 1883 г. Он утверждал, что «богатство заключается не в золоте и серебре, а в предметах потребления. Вследствие чего трудящийся класс, производящий эти предметы, составляет главную опору государства, главный источник его сил и богатства. Их труд доставляет доход государству: беден рабочий — бедно и государство. Между тем существующая система налогов, с одной стороны, и не вымершие остатки феодального порядка — с другой, привели народ к крайнему разорению и убили промышленность. Поэтому необходима податная реформа, и реформа эта, исходя из принципа, что всякая привилегия, клонящая к изъятию от налога, несправедлива» [Тарасов И.Т., 2004: 75].

В 1883 г. Российская империя находится на переломе своего развития. Капиталистические отношения, активированные реформой 1861 г., деформируют традиционные социальные уклады и реализуются нередко в ущерб интересам российского общества. Изменения в системе ценностных ориентиров обуславливают безотлагательность проведения реформ, важнейшей из которых ученые-правоведы считают создание справедливых и экономически эффективных порядков правового регулирования в сфере распределения общественного продукта — «предметов потребления».

Замечания И.Т. Тарасова видятся обращением не только к своим современникам, но и к гражданам России, живущим в XXI в., столкнувшимся на очередном витке исторического пути с аналогичными проблемами. Его ценностные установки (с минимальными стилистическими уточнениями) абсолютно актуальны и применимы для выдвижения предложений по формированию юридических норм и правил в сфере налогообложения добавленной стоимости.

В створе данных ценностных ориентиров анализ возможностей реформирования правового регулирования НДС может быть выполнен с последовательным рассмотрением сложившегося комплекса противоречий в системе налогообложения добавленной стоимости. В числе таких противоречий, которые не удастся преодолеть в рамках действующего законодательства и которые обнаруживают тенденцию к постепенному упрочению во всех группах рассматриваемых правоотношений, следует выделить:

экономико-правовые (проявляющиеся в основном в сфере производства материальных благ): между характером правового регулирования налогообложения добавленной стоимости и уровнем развития производительных сил; между трудом и капиталом как основными факторами производства, влияющими на результативность механизма правового регулирования налогообложения добавленной стоимости; между сложносоставным характером российского правового механизма налогообложения добавленной стоимости и экономической моделью преимущественно рентной экономики, которая предполагает относительно простую структуру налоговой системы, где НДС предстает в виде очевидно избыточного элемента;

финансово-правовые (проявляющиеся в процессе распределения и перераспределения материальных благ): между фактическим характером современной российской модели финансового перераспределения добавленной стоимости со встраиваемыми внеэкономическими структурами номенклатурно-криминального распределения и социально-ориентированными целевыми установками использования средств, поступающих от налогообложения добавленной стоимости; между сложившейся моделью налогового федерализма и потребностями страны в территориально-экономическом развитии на основе определения пропорций финансовой достаточности межбюджетного перераспределения НДС;

правоохранительные: между объявлением борьбы с коррупцией и положением, когда в основу большинства налоговых мошенничеств с НДС, выявленных в России, положены схемы, организованные и исполненные с участием должностных лиц контрольных и правоохранительных органов; между затратами сил и средств, которые отвлекаются на совершенствование правового регулирования НДС, и устойчивой неспособностью государства к ликвидации сетей НДС-мошенничеств, образующих новый сектор криминального бизнеса;

социально-правовые (проявляющиеся в процессе структурных деформаций гражданского общества): между декларациями социально-экономических преобразований и сопряженными с правовым регулированием налогообложения добавленной стоимости реальными практиками социального управления; между теоретически обоснованным потенциалом социальной направленности механизма правового регулирования НДС и фактическим отсутствием социально созидательного воздействия в связи с крайней ограниченностью перераспределяемых средств.

Отмеченные экономико-правовые и социально-правовые противоречия фактически являются фундаментальными социально-экономическими провалами, возникшими в ходе реформ [Катасонов В.Е., 2017: 135], и ввиду их непосредственного проявления в сфере правового регулирования НДС заслуживают более подробного рассмотрения и описания сущности.

## **2. Экономико-правовые противоречия в налогообложении добавленной стоимости**

Противоречия между характером правового регулирования налогообложения добавленной стоимости и уровнем развития производительных сил. В экономически развитых странах ЕС правовое регулирование НДС в основном соответствует интересам индустриальных отраслей национального хозяйства. Основу промышленности составляют предприятия капиталоемкого производства со сравнительно невысокими отчислениями в фонд оплаты труда с коррекцией в сторону относительного снижения платежей НДС. Тенденция к снижению доли труда в общей совокупности затрат обусловлена систематическим технологическим переоснащением, сводящим к минимуму участие человека в производственном процессе. В соответствии с регламентами финансового регулирования правовой механизм НДС обеспечивает направление денежных средств в социальные сектора экономики и разворачивание новых рынков за рамками промышленного производства.

Тем самым правовое регулирование НДС дополнительно стимулирует создание новой занятости, сохраняющей благосостояние граждан, чьи рабочие места были автоматизированы, и расширяет платежеспособный спрос на внутреннем рынке. Дополнительный спрос со стороны социальных отраслей (здравоохранение, образование, культура, социальное обеспечение) замыкает цепочку расширенного воспроизводства капитала, обеспечивая экономике постепенный поступательный рост при сопоставимом увеличении общественных благ.

Практика финансово-правового изъятия и распределения добавленной стоимости в России пренебрегает указанными условиями социальной эффективности НДС и свидетельствует о несправедливом общественном перераспределении производимых ценностей. Механизм правового регулирования налогообложения добавленной стоимости в России в основном оказывает крайне негативное воздействие на обрабатывающие отрасли, состоящие из трудоемких производств, в которых на объем оплаты труда начисляется НДС, снижая экономическую рентабельность предприятий, затрудняя возможности их модернизации и перемещая трудовые ресурсы в маргинальные производства, организуемые за пределами государственного регулирования.

Аналогичную направленность негативных воздействий правового механизма налогообложения добавленной стоимости в той или иной степени обнаруживают и другие страны с экономикой переходного типа, в том числе государства, составляющие периферию ЕС.

Противоречия между трудом и капиталом как основными факторами производства, определяющими результативность правового механизма налогообложения добавленной стоимости. Воздействия механизма правового

го регулирования НДС на основные производственные факторы, в качестве которых экономическая теория рассматривает труд и капитал, в основном сосредотачиваются против фактора труда. При этом НДС-обложение не только смещает труд «в невыгодную (по отношению к капиталу) рыночную позицию» [Стиглиц Д., 2017: 349], но и усиливает поляризацию отечественного рынка труда. Проблемой, которая не находит должного осмысления и оценки в российском обществе, становится выдавливание производственного труда сокращаемых работников ликвидируемых индустриальных предприятий в теневую экономику и расширение так называемых «гаражных» производств.

НДС — налоговое изобретение позднего капитализма. Подобно тому, как современный капитализм выступает в качестве социальной системы, способной скрывать способы, которыми она утверждает свое господство, НДС представляет собой налоговый платеж, имеющий замаскированный механизм повышения налогообложения и снижения оплаты труда наиболее бедной части общества. Не зря английские эксперты выделяют тесную взаимосвязь между налогообложением добавленной стоимости, заработной платы и доходов, отмечая, что эти виды налогов оказывают прямое воздействие на рынок труда [Crawford I., Keen M., Smith S., 2010: 278].

В качестве базового элемента юридической конструкции правового механизма НДС выступает добавленная стоимость, которая формируется в цене реализации товаров (работ, услуг) в виде суммарного выражения прибыли субъекта НДС-обложения, стоимости труда, налогов на производство, потребления основного капитала (износ основных средств), услуг финансового посредничества. В рамках отечественной налоговой системы воздействие НДС на факторы труда и капитала, лежащие в основе предпринимательской деятельности, осуществляется в совокупности с налогообложением прибыли и уплатой страховых взносов. Связанность НДС с перечисленными инструментами налогообложения определяет единую структуру налогообложения организаций и создает серьезные проблемы, которым до сих пор не уделяется должного внимания.

При действующих ставках налогообложения по НДС<sup>1</sup> — 20% (16,67%), по налогу на прибыль — 20%, по страховым платежам — 30% (с учетом ст. 428 Налогового кодекса РФ «Дополнительные тарифы для отдельных категорий плательщиков» совокупные тарифы страховых платежей могут находиться в диапазоне от 30 до 39%), математическая модель, описывающая налоговую нагрузку хозяйствующего субъекта, принимающая во внимание налогообложение добавленной стоимости, прибыли и уплату страхо-

---

<sup>1</sup> В расчетах с НДС фактически применяется ставка извлечения, которая выделяется в счетах-фактурах и при 20% составляет 16,67%.

вых взносов и выполненная из расчета всех показателей на 1 руб. выручки, выглядит следующим образом:  $0,1667 - 0,1667t + 0,3l + 0,2(1 - (1 + 0,3)l - t) = R$ , где:  $l$  — фактор труда (заработная плата, выплачиваемая работникам);  $t$  — фактор капитала (материальные затраты);  $R$  — налоговая нагрузка; налог на прибыль =  $0,2(1 - (1 + 0,3)l - t)$ ; страховые взносы =  $0,3l$ ; НДС =  $0,1667 - 0,1667t$ .

В сокращенном виде, с учетом приведения к одним знаменателям, математическая модель выглядит следующим образом:  $0,3667 - 0,3667t + 0,04l = R$ ;

Приведенные выражения свидетельствуют, что налоговая нагрузка увеличивается с возрастанием фактора труда при ограничении фактора капитала, и, наоборот, снижается в условиях снижения фактора труда и расширения капиталоемкости.

Суммарная налоговая нагрузка на 1 руб. выручки может составлять от 5,7 до 38,2 коп. Причины более чем шестикратной налоговой разницы проступают наглядно. Чем больше предприятие или отрасль потребляет капитала в виде материальных затрат, чем больше их доля в совокупном составе затрат и выручки, тем меньше налоговая нагрузка. Наоборот, чем больше доля труда в затратах организации, тем выше сумма к уплате в бюджет.

В предельном выражении наибольшие фискальные требования применяются к организациям с максимальным количеством работников и минимальным оснащением труда. К ним относятся промышленные предприятия с архаичным типом индустриального производства, которые нуждаются в модернизации, большинство предприятий машиностроения, жилищно-коммунальное хозяйство, строительство.

Логично полагать, что такое налогообложение факторов труда и капитала может выводить стоимость труда на такой высокий уровень совокупных затрат, что он начинает вытесняться с легального рынка через замещение капиталом или ликвидацию предприятий. Именно такое положение демонстрирует рис. 1.

Предложенное описание взаимодействий будет неполным, если его дополнить рассмотрением действия заемного процента, являющего собой ключевой фактор динамической эволюции рыночной экономики и частного капитала, тесный союз которых создает опасные угрозы ценностям социальной справедливости. Освобождение финансовых услуг от НДС под предлогом технических сложностей, коренящихся в природе стоимости, добавленной при совершении посреднических операций, включает эффект фискального рычага, перемещающего налоговую нагрузку.

Дополнительное увеличение налоговой нагрузки предприятий происходит в связи с тем, что процентные платежи за банковские кредиты вносятся без возмещения НДС. В результате вывода ростовщических операций, выполняемых финансовыми учреждениями, из сферы правового регулирова-



**Рис. 1.** Соотнесение действия факторов труда ( $L$ ) и капитала ( $m$ ) с показателями налоговой нагрузки предприятий-налогоплательщиков в архитектуре совокупного налогообложения НДС, налога на прибыль и страховых платежей с начисленной заработной платы

ния налогообложения добавленной стоимости НДС-нагрузка переносится с получателей процентных доходов на их плательщиков. Поэтому математическая модель, описывающая налоговую нагрузку хозяйствующего субъекта, может быть дополнена третьим параметром —  $K\%$ , определяемым как стоимость привлеченного капитала в виде процентов, уплачиваемых за кредитные ресурсы, и в итоге выглядит следующим образом:  $0,3667 - 0,3667m + 0,04l + 0,1667K\% = R1$ .

Рис. 2 иллюстрирует воздействие параметра  $K\%$  на показатель налоговой нагрузки в трех сочетаниях факторов труда и капитала: верхняя линия — трудоемкого производства; нижняя линия — капиталоемкого производства; средняя линия — производства в условиях равновесия факторов труда и капитала. Значения  $K\%$  показаны на двух интервалах: от 0 до 14 коп. в 1 руб. выручки; от 14 коп. до 20 коп. в 1 руб. выручки.

Данные Федеральной службы государственной статистики о затратах на производство и продажу продукции в расчете на 1 руб. произведенной продукции свидетельствуют, что промышленное производство в основном находится на грани или за гранью рентабельности<sup>2</sup>. В этих условиях НДС, начисляемый на проценты, уплачиваемые за кредитные ресурсы, и увеличивающий налоговую нагрузку организаций на 1–3%, является фактором, удерживающим предприятия в зоне отрицательных показателей финансово-хозяйственной деятельности.

Высокий уровень налогообложения труда в совокупности с отсутствием предложения длинных и дешевых, прежде всего рублевых инвестиций

<sup>2</sup> Available at: URL: [http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat\\_main/rosstat/ru/statistics/efficiency/#](http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/efficiency/#) (дата обращения: 25.09.2019)



Рис. 2. Модель изменений налоговой нагрузки (НДС, налог на прибыль и страховые платежи с начисленной заработной платы) хозяйствующего субъекта с учетом стоимости привлеченного капитала в виде процентов, уплачиваемых за кредитные ресурсы (K%)

имеют результатом деградацию производства — труд активно перемещается в сектор безналоговой теневой экономики. В условиях, в которых и при нормальных условиях прибыльной работы заработная плата работников основного производства невысока и редко выходит из диапазона от 20 000 до 40 000 руб., дополнительное перераспределение фискальной нагрузки на труд вызывает резкое снижение уровня потребления и качества жизни.

На практике такая нагрузка выражается в сокращении части работников; снижении оставшимся оплаты и ухудшении условий их труда; переводе работников на альтернативные формы оплаты труда, гражданско-правовые договоры, неучтенные выплаты; дроблении должностных ставок. Не зря профсоюзная и официальная статистика фиксируют нарастание акций протеста работников: в 2013 г. — 126 трудовых конфликта; 2015 г. — 161; 2017 г. — 176; 2019 г. — 171<sup>3</sup>. Массовым явлением становится замещение работников российских предприятий мигрантами, создающими отрицательное сальдо доходов от оплаты труда, которое в масштабе России в 2010 г. составило 8,5 млрд долл. [Ершов Ю.С., 2011: 36], в 2019 г. — 22,2 млрд долл.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> См.: Итоги социально-трудовых конфликтов в Российской Федерации в 2019. Центр мониторинга и анализа социально-трудовых конфликтов Санкт-Петербургского гуманитарного университета профсоюзов. 2019. Available at: URL: <https://rosprofprom.ru> (дата обращения: 25.09.2020)

<sup>4</sup> Available at: URL: <https://www.rbc.ru/economics/03/11/2020/5f9bf5269a794771485ceb51> (дата обращения: 12.10.2020)

Проводя исторические параллели, отметим, что и в 1915–1917 гг. при низком уровне оплаты труда на отечественных предприятиях 20%-ное снижение заработной платы вызывает волнения и забастовки. В условиях высокого базового уровня оплаты труда рабочих в Германии его снижение даже на 50% не вынуждает их бастовать. Различие объясняется тем, что подавляющая часть российских рабочих, в отличие от их немецких коллег, имеет в довоенный период крайне скромные заработки, покрывавшие лишь минимальные требования прожиточного минимума, и даже небольшое их уменьшение ставит работников на грань голодного существования.

Соответственно, трансформация труда имеет различные характеристики. Влияние механизма правового регулирования НДС на факторы производства демпфируется постепенностью его введения и расширением европейского либерализма в духе «sozialstaat», когда «рабочие постепенно становятся частью политической системы» [Пристланд Д., 2011: 133], а поступления от налогообложения добавленной стоимости в архитектуре вертикального и горизонтального перераспределения расходуются на социально значимые нужды максимально большего числа граждан.

Российское общество переступает налоговую границу, «которую переступать нельзя» и участвует в том экономико-правовом пространстве, где правовое регулирование налогообложения добавленной стоимости усиливает атаку на труд, а его воздействие стимулирует обесценивание труда и приводит к увеличению потребляемых ресурсов. С юридической точки зрения это означает, что российское государство, устанавливая нынешние налоговые платежи, формирующие налоговую нагрузку на труд и капитал, неправомерно выдвигает налогово-ограничительные условия «нормальной и экономически полезной работы» [Кириллов В.Ф., 2008: 153] предприятий, препятствует реализации гражданских и экономических свобод граждан, важнейшей базовой основой которых выступает конституционное право на труд и на защиту от безработицы.

Нормы законодательства, опосредующие такое налогообложение, являются по сути неконституционными, вызывающими справедливый общественный протест, налоговое сопротивление значительных по числу групп населения, включая и тех, кто в полной мере осознает юридическую и моральную обязанность платить социально справедливые налоги.

Противоречия между сложносоставным характером правового регулирования российского налогообложения и экономической моделью преимущественно рентной экономики, которая предполагает относительно простую структуру налоговой системы, где НДС может рассматриваться в качестве избыточного элемента.

Разрушительность действий сторонников рентоориентированного поведения (они предлагают обществу несравненно меньше, чем забирают у него)

очевидна. В современной России предельно расширено пространство ренты, охватывающее практически целиком государственное управление, сетевые монополии (транспорт, ЖКХ, связь), финансовый сектор, эксплуатацию природных ресурсов. Механизм правового регулирования НДС является дополняющим фактором, усиливающим доходность присвоения ренты, поскольку позволяет мобилизовывать денежные ресурсы, значительная часть которых распределяется впоследствии в интересах личного обогащения. Стимулируя импорт, выросший с 60 млрд долл. в 2000 г. до 254,1 млрд долл. в 2019 г.<sup>5</sup>, рентная модель экономики разрушает отечественную промышленность и ликвидирует рабочие места. Эксплуатация природных ресурсов, нацеленная на максимальный вывоз сырья за пределы государства, получает широкие привилегии в виде возмещения экспортного НДС.

Таким образом, нынешнее правовое регулирование налогообложения добавленной стоимости усиливает асимметрию структурных трансформаций не в пользу увеличения общественного благосостояния. Предельно лаконичную характеристику ситуации дает американский экономист и историк М. Ротбард: «Если государство принимает решение, у кого брать и кому давать, оно обретает чудовищную власть над обществом. Государство наращивает бюрократический аппарат, который живет за счет того, что отбирает у одной группы людей, чтобы поощрять паразитизм другой группы» [Ротбард М., 2016: 330].

### **3. Финансово-правовые противоречия в контексте налогообложения добавленной стоимости**

Противоречия между фактическим характером современной российской модели финансового перераспределения добавленной стоимости со встраиваемыми внеэкономическими структурами номенклатурно-криминального распределения и социально-ориентированными целевыми установками использования средств, поступающих от налогообложения добавленной стоимости.

Спекулятивная активность фиктивного финансового капитала неизбежно вызывает кризисные явления в хозяйственной жизни. При этом налоговые платежи банковских учреждений минимальны. В России с 1992 г. наблюдается более чем двукратное сокращение ставки налога на прибыль с 45% до 20% и освобождение операций банков от налогообложения добавленной стоимости, тогда как в соответствии с Федеральным законом «О налоге на добавленную стоимость»<sup>6</sup> НДС подлежал уплате по посредническим опера-

<sup>5</sup> Available at: URL: [https://rosstat.gov.ru/bgd/free/b04\\_03/IssWWW.exe/Stg/d05/35.htm](https://rosstat.gov.ru/bgd/free/b04_03/IssWWW.exe/Stg/d05/35.htm) (дата обращения: 25.04.2020)

<sup>6</sup> Закон РФ от 6. 12. 1991 № 1992-I «О налоге на добавленную стоимость» // Ведомости РСФСР 1991. № 52. Ст.1871 (утратил силу 01.01.2002).

циям купли-продажи валюты. Операции финансового сектора практически освобождены от НДС. Законодательно установлены противоречащие сути налога освобождения спекулятивных операций кредитных учреждений на валютном рынке, которые приносят постоянный высокий доход ее участникам и дестабилизируют макроэкономическую ситуацию.

Безналоговый характер присвоения спекулятивной добавленной стоимости стимулирует сверхдоходы банков и тем самым подвигает их к накоплению валютных средств, всемерному увеличению объемов операций на валютной бирже, игре на разнице обменных курсов и в итоге превращается в дополнительный фактор экономической дестабилизации<sup>7</sup>. Размеры операций кратно превышают потребности экономики: общий объем торгов в 2015 г. на биржевом валютном рынке составляет 311 трлн руб., 2016 г. — 339 трлн руб., 2017 г. — 347 трлн руб.<sup>8</sup>, 2018 г. — 348 трлн руб., 2019 г. — 308 трлн руб.<sup>9</sup>

В широком смысле валютные спекуляции посредничающих банков являются собой пример отделения капитализма от реальной экономики, когда «капитал стал служить капиталу, а не ценности, а финансовые системы становятся хищниками» [Малган Д., 2014: 367]. Переизбыток хищничества, в свою очередь, наносит ущерб самой расхищаемой кредитно-банковской системе. Суммарная «дыра» в балансах 68 банков, которые в 2016 г. лишились лицензии, составляет 560 млрд руб.<sup>10</sup>

Очевидно, что политико-правовой механизм современного общественного перераспределения нуждается в серьезной корректировке. Наиболее явным решением здесь может быть отказ от неоправданно льготного режима налогообложения финансовых услуг и переход к взиманию НДС в данном секторе экономики. По этому пути сегодня идут крупнейшие экономики мира — Китая и Индии.

Лидирующая роль в развитии правового механизма налогообложения добавленной стоимости финансовых услуг принадлежит Новой Зеландии и Австралии. Наиболее важные положения касаются принципиально важного вопроса о переходе к налогообложению финансовых услуг без каких-либо исключений. После законодательных поправок правовое регулирование НТУ<sup>11</sup>, взимаемого с операций финансового сектора Новой Зеландии, осуществляется в соответствии с разделом 20Н «Налог на товары и услуги,

---

<sup>7</sup> За один день 10.02.2020 объем валютных торгов составил 257,67 млрд долларов. Available at: URL: <https://ru-ticker.com/MicexVol> (дата обращения: 01.04.2020)

<sup>8</sup> Available at: URL: <http://moex.com> (дата обращения: 01.02.2018)

<sup>9</sup> Available at: URL: <https://www.moex.com/ru/ir/interactive-analysis.aspx> (дата обращения: 01.03.2020)

<sup>10</sup> Более полутриллиона рублей составляет дыра в балансах 68 банков // Российская газета. 03.01.2017.

<sup>11</sup> НТУ (налог на товары и услуги) — аналог налога на добавленную стоимость.

понесенный при оказании финансовых услуг по привлечению средств» части третьей Закона о НТУ «Возврат и уплата налога»<sup>12</sup>. Норма об объекте НДС, сформулированная как «оказание финансовых услуг (услуг финансовой поддержки) в ходе привлечения средств, которые предназначены для использования в налогооблагаемой деятельности или для замены средств, используемых в налогооблагаемой деятельности», обуславливает как обложение услуг финансовых учреждений, так и возникновение права на возмещение входного НТУ у получателей таких услуг [Schenk A., Thuronyi V., Cui W., 2015: 55–56].

Набирающие силу современные тенденции правового регулирования налогообложения добавленной стоимости в системном виде изложены в Международном руководстве по НДС/НТУ<sup>13</sup>, утвержденном Комитетом по финансовым вопросам ОЭСР 7.07.2015 (СТРА / CFA (2015) 57) и одобренном на третьем заседании Глобального форума ОЭСР по НДС 5–6.11.2015.

Применение приемов и способов правового регулирования новозеландской модели НДС в сфере рынка финансовых услуг позволит в значительной мере снизить межотраслевой дисбаланс общественного распределения добавленной стоимости и сформировать дополнительный источник налоговых поступлений в федеральный бюджет.

#### **4. Правоохранительные противоречия в налогообложении добавленной стоимости**

Противоречие между объявлением борьбы с коррупцией и положением, когда в основу большинства налоговых мошенничеств с НДС, выявленных в России, положены схемы, организованные и исполненные с участием должностных лиц контролирующих и правоохранительных органов;

Обобщение фактов, содержащихся в открытых источниках, позволяет судить о размахе и системно-устойчивом характере НДС-злоупотреблений, совершаемых должностными лицами налоговых, правоохранительных и исполнительных органов власти. В таблице 1 приведена лишь небольшая часть НДС-мошенничеств в ряде инспекций Москвы и Санкт-Петербурга в 2008–2014 гг. Но даже такая локальная выборка с учетом высокой латентности экономических преступлений [Лунеев В.В., 2007: 326]; [Кудрявцев В.Н.,

---

<sup>12</sup> Goods and Services Tax Act 1985 № 141. Legislation New Zealand. Available at: [www.legislation.govt.nz](http://www.legislation.govt.nz) (дата обращения: 08.12.2020)

<sup>13</sup> International VAT/GST Guidelines approved by the Committee on Fiscal Affairs on 7 July 2015 [СТРА/CFA(2015)57] and endorsed at the third meeting of the OECD Global Forum on VAT on 5–6 November 2015. Available at: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/350/50c924b3-21f3-4564-9d4d-345a53f90b1d.html> (дата обращения: 10.12.2019)

2015: 511]; [Эминов В.Е., 2007: 23] свидетельствует о вхождении налоговых служащих в криминальные группы НДС-мошенничеств.

**Таблица 1** НДС-мошенничества в инспекциях ФНС России Москвы и Санкт-Петербурга (2008–2014)\*\*

Период и регион	Налоговые органы, где осуществлялось возмещение НДС. Сотрудники налоговых и правоохранительных органов, причастные к преступному возмещению	Похищено из бюджета НДС (руб.)	Покушение на мошенничество с НДС (руб.)	Источник публикации
2011–2014 Санкт-Петербург	—	3 млрд	180 млн	<a href="http://www.rosbalt.ru/piter/2015/10/28/1455672.html">http://www.rosbalt.ru/piter/2015/10/28/1455672.html</a>
2012–2014 Санкт-Петербург	Начальник отдела камеральных проверок МИФНС России № 9 по Санкт-Петербургу С. Кротова, инспектор МИ ФНС России № 22 Л. Пригун, начальник отдела выездных проверок МИ ФНС России № 22 Е. Васильева	500 млн		<a href="http://www.rosbalt.ru/piter/2015/03/20/1380125.html">http://www.rosbalt.ru/piter/2015/03/20/1380125.html</a> <a href="http://www.rosbalt.ru/piter/2015/03/13/1377549.html">http://www.rosbalt.ru/piter/2015/03/13/1377549.html</a>
2013 Санкт-Петербург	—		200 млн	<a href="http://www.rosbalt.ru/piter/2015/09/21/1442571.html">http://www.rosbalt.ru/piter/2015/09/21/1442571.html</a>
2013 Москва	—	10 млн		<a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/11/07/1335232.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/11/07/1335232.html</a>
2011–2013 Санкт-Петербург	—	116 млн		<a href="http://www.rosbalt.ru/piter/2013/06/21/1143623.html">http://www.rosbalt.ru/piter/2013/06/21/1143623.html</a>
2012–2013 Санкт-Петербург	—		39 млн	<a href="http://www.rosbalt.ru/piter/2014/12/09/1346704.html">http://www.rosbalt.ru/piter/2014/12/09/1346704.html</a>

Период и регион	Налоговые органы, где осуществлялось возмещение НДС. Сотрудники налоговых и правоохранительных органов, причастные к преступному возмещению	Похищено из бюджета НДС (руб.)	Покушение на мошенничество с НДС (руб.)	Источник публикации
2012–2013 Санкт-Петербург	—	4 млрд		<a href="http://www.rosbalt.ru/piter/2014/03/03/1239626.html">http://www.rosbalt.ru/piter/2014/03/03/1239626.html</a>
2012 Санкт-Петербург	—	72,5 млн	156 млн	<a href="http://www.rosbalt.ru/piter/2015/04/28/1393668.html">http://www.rosbalt.ru/piter/2015/04/28/1393668.html</a>
2011 Москва	Начальник ИФНС № 15 Москвы Г. Колпиков*	161 млн		<a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/11/10/1336030.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/11/10/1336030.html</a> <a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/11/10/1336048.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/11/10/1336048.html</a>
2011 Москва	—		150 млн	<a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/02/27/1238529.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/02/27/1238529.html</a>
2010 Москва	ИФНС № 7 по Москве	366,5 млн		<a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/08/20/1305902.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/08/20/1305902.html</a>
2010 Москва	ИФНС № 28 России по Москве		1,8 млрд	<a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/09/10/1313750.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/09/10/1313750.html</a> <a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2015/03/30/1383087.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2015/03/30/1383087.html</a>
2010 Санкт-Петербург	—		3,375 млн	<a href="http://www.rosbalt.ru/piter/2014/07/11/1290943.html">http://www.rosbalt.ru/piter/2014/07/11/1290943.html</a>
2010 Москва	—	400 млн	90,3 млн.	<a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/12/27/1216242.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/12/27/1216242.html</a>

Период и регион	Налоговые органы, где осуществлялось возмещение НДС. Сотрудники налоговых и правоохранительных органов, причастные к преступному возмещению	Похищено из бюджета НДС (руб.)	Покушение на мошенничество с НДС (руб.)	Источник публикации
2009–2010 Москва	ИФНС № 7 по Москве начальник ИФНС № 7 Е. Никонорова, заместитель начальника ИФНС № 7 Москвы Т. Попова, начальник отдела камеральных проверок А. Смирнов, инспектор отдела камеральных проверок Ю. Гостева*	4,8 млрд	291 млн	<a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2015/02/10/1366202.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2015/02/10/1366202.html</a> <a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/06/13/1139817.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/06/13/1139817.html</a>
2009-2010 Москва	Зам. руководителя УФНС по Москве О. Черничук, начальник ИФНС № 28 по Москве О. Степанова, заместители начальника ИФНС № 28 по Москве Е. Анисимова и О. Царева, начальник отдела камеральных проверок № 1 О. Цымай, зам. начальника отдела камеральных проверок № 1 ИФНС № 28 Л. Гусакова, заместитель начальника отдела камеральных проверок ИФНС № 25 Москвы М. Кокорев*, инспекторы МИФНС России № 20 Л. Стрельникова* и Т. Яковлева*, инспектор ИФНС № 18 по Москве С. Суханов*, инспектор	60 млрд		<a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/06/25/1144789.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/06/25/1144789.html</a> <a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/06/25/1144789.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/06/25/1144789.html</a> <a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/07/14/1291769.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/07/14/1291769.html</a> <a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/07/25/1296476.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/07/25/1296476.html</a> <a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/05/15/1268624.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/05/15/1268624.html</a> <a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/03/21/1246920.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/03/21/1246920.html</a> <a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/01/05/1217643.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2014/01/05/1217643.html</a>

Период и регион	Налоговые органы, где осуществлялось возмещение НДС. Сотрудники налоговых и правоохранительных органов, причастные к преступному возмещению	Похищено из бюджета НДС (руб.)	Покушение на мошенничество с НДС (руб.)	Источник публикации
	ИФНС по г. Одинцово В. Андрюхин*, нач. отдела по налоговым преступлениям УВД ЮЗАО г. Москва С. Пичугин, начальник ОРЧ УВД ЮЗАО Е. Кучер, оперуполномоченные УВД ЮЗАО С. Оганов* и Д. Христофоров*			<a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/09/16/1175934.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/09/16/1175934.html</a> <a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/08/27/1168573.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2013/08/27/1168573.html</a>
2009 Москва	ИФНС России № 28 по Москве Инспектор ИФНС России № 18 по Москве С. Суханов*	500 млн		<a href="http://www.rosbalt.ru/moscow/2015/04/10/1387453.html">http://www.rosbalt.ru/moscow/2015/04/10/1387453.html</a>
2008–2010 Санкт-Петербург	нет данных	60 млн	80 млн	<a href="http://www.rosbalt.ru/piter/2013/09/25/1179702.html">http://www.rosbalt.ru/piter/2013/09/25/1179702.html</a> (дата обращения: 16.10.2020)

\* Отмечены должностные лица налоговых органов и органов МВД, привлеченные к уголовной ответственности за НДС-мошенничество.

\*\* Информация агентства «Росбалт».

При этом вскрыты схемы многолетнего системно-криминального возмещения НДС, которые однозначно свидетельствуют, что до сих пор не решена фундаментальная проблема законодательного определения правового статуса должностных лиц налоговых органов. Порядок возмещения НДС, предусматривающий два уровня и два этапа принятия решения в отношении заявлений на сумму свыше 3 млн руб. (ИФНС и УФНС по субъекту федерации), должен автоматически фиксировать причастность руководителей налоговых органов к таким злоупотреблениям. Однако на практике виновными в совершении НДС-преступлений с участием организаций-«однодневок» лишь в отдельных случаях признаются работники налоговых органов.

Противоречие между затратами, которые отвлекаются на совершенствование правового регулирования НДС, и устойчивой неспособностью государства к ликвидации криминальных сетей НДС-мошенничеств, образующих новый сектор преступного бизнеса.

Сопоставление изменений законодательства и динамики НДС-деликтов показывает, что их масштаб обусловлен особенностями механизма правового регулирования налогообложения добавленной стоимости, определяющими условия и способы возврата НДС (табл. 2).

**Таблица 2** Нормативно-методологические особенности модели правового регулирования налогообложения добавленной стоимости, определяющие возможности противозаконного возврата НДС

Период	Действующий метод исчисления НДС (тип структурных отношений в фактическом составе объекта НДС)	Методологические особенности модели НДС, определяющие возможность криминального возврата НДС	Динамика расширения пространства криминальных злоупотреблений с НДС	Нормативные ограничения, препятствующие криминальному возврату НДС
1992–1995	Модель сформирована на основе прямого метода исчисления НДС (накопительный тип)	Порядок исчисления НДС не предполагает возможности возмещения налога	Неправомерное получение возврата НДС из бюджета исключено	Специальные нормативные ограничения отсутствуют
1995–2005	Модель сформирована на основе метода зачета или возмещения НДС (усложненный альтернативный тип)	НДС, исчисленный с реализованных товаров, работ, услуг, подлежит уплате в бюджет, а НДС, исчисленный с приобретенных товаров, работ, услуг, подлежит возврату из бюджета путем возмещения денежными средствами	Первоначально НДС-злоупотребления распространяются на экспортные сделки с использованием схем ложного экспорта, а также на демонстрации оплаты с использованием вексельных схем по операциям с НДС	Возможность возмещения НДС ограничена условием обязательной платы за приобретенные товары

Период	Действующий метод исчисления НДС (тип структурных отношений в фактическом составе объекта НДС)	Методологические особенности модели НДС, определяющие возможность криминального возврата НДС	Динамика расширения пространства криминальных злоупотреблений с НДС	Нормативные ограничения, препятствующие криминальному возврату НДС
		или зачетом в счет подлежащих уплате сумм налога	на внутреннем рынке	
2006 — н.в.	Модель сформирована на основе метода зачета или возмещения НДС в условиях определения момента возникновения налоговых обязательств по дате отгрузки товаров, выполнению работ, оказанию услуг (альтернативный тип)	Нормативное установление необоснованной преференции приобретателя, который без каких-либо затрат может получить и товар, и право на зачет НДС, широко используется в налоговых деликтах, когда для возмещения НДС оформляются документы по бестоварным поставкам или фиктивным работам и услугам от фирм-однодневок.	В 2006–2014 гг. происходит резкое расширение криминальной экономики НДС-мошенничеств. Незаконные возмещения НДС приобретают массовый характер, дополненный коррупционной составляющей, когда в преступлении вовлекаются бюджетополучатели, должностные лица налоговых и правоохранительных органов	В 2006–2014 гг. возмещение НДС фактически ограничивается лишь судебным усмотрением. С 1 января 2015 г. введено нормативное требование ежеквартального представления электронных файлов с информацией о счетах-фактурах с одновременным отслеживанием ФНС России всех транзакций по НДС

В период применения метода прямого расчета налога на добавленную стоимость (1992–1995) характеристики НДС-деликтов индивидуально не выражены. Они совершаются путем сокрытия выручки от обложения, параллельно способствуя уклонению и от других налогов (налог на прибыль, специальный налог, налог на пользователей автомобильных дорог, налог на содержание жилищного фонда и объектов социально-культурной сферы).

В 1995 г. переход от прямого метода исчисления налоговой базы в виде стоимостного выражения добавленной стоимости к методу зачета и возмещения сумм самого налога обусловил распространение НДС-мошенничеств, которое ограничивается условием платы за приобретаемые товары.

После снятия нормативно-правового ограничения по обязательной оплате приобретаемых товаров с начала 2006 г. стремительно расширяется криминальный сектор. Закрепление преференции приобретателя товара, результатов работы или услуги положено в основу налоговых мошенничеств, когда документы, оформленные по бестоварным поставкам или фиктивным работам и услугам от фирм-однодневок, используются для возвратов НДС. Формируется зависимость возмещений НДС от судебного и административного усмотрения. В таких условиях внедрение информационных технологий не способно преодолеть пороки правового регулирования НДС.

## **5. Социально-правовые противоречия в налогообложении добавленной стоимости**

Противоречия между декларациями социально-экономических преобразований и сопряженными с правовым регулированием налогообложения добавленной стоимости практиками социального управления. Предвыборные обещания и программы, артикулируемые властью, систематически предлагают социуму риторику положительных общественных изменений, объявляя, что «смысл всей нашей политики — это сбережение людей, умножение человеческого капитала как главного богатства России. Поэтому наши усилия направлены на поддержку традиционных ценностей и семьи, на демографические программы, улучшение экологии, здоровья, развитие образования и культуры»<sup>14</sup>.

Ценность всякой политики определяют ее последствия. Важнейшим итогом государственной политики можно рассматривать благосостояние граждан. Соответственно, основным следствием принимаемых мер должно выступать такое распределение национального богатства, которое обуславливает более полную занятость.

Однако практика государственного управления воздвигает невиданные ни в отечественной, ни в мировой истории барьеры для созидательной энергии общества. В качестве важнейших составляющих таких «барьеров развития» выделяются преобладающее обложение фактора труда в виде действия фискальной триады из НДС, налога на прибыль, страховых платежей в совокупности с неуклонным снижением социальной полезности налоговых отчислений; фактический отказ кредитно-банковской системы от предоставления средств финансирования нового бизнеса и модернизации имеющихся производств. Действие только этих двух условий исключает все перспективы развития промышленного производства.

---

<sup>14</sup> Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию 01.12.2016 // Парламентская газета. 2016. № 45.

Противоречия между теоретически обоснованным потенциалом социальной направленности правового регулирования НДС и фактическим отсутствием созидательного социального воздействия в связи с ограниченностью средств, перераспределяемых на социальные цели. В контексте исследования данной группы противоречий следует упомянуть максиму профессора А.А. Соколова, что «налоги иногда разоряли целые области и целые классы населения, так как это может происходить в интересах других стран и других классов» [Соколов А.А., 2003: 194].

В обычных условиях правовое регулирование НДС наносит существенный ущерб благосостоянию беднейших слоев населения. НДС занимает значительную часть в структуре расходов масс, которые складываются из стоимости продаж товаров первой необходимости: питания и одежды. В расходы богатых граждан НДС проникает в сравнительно меньших объемах. В Западной Европе негативное влияние правового механизма НДС на расходы большинства рядовых граждан корректируется социальным перераспределением: значительным в странах экономического центра и ограниченным в периферийных странах Евросоюза. В России его негативное воздействие усиливается за счет коррупционного перераспределения, обогащающего суверенную бюрократию. В режиме НДС «государство штрафует и порабощает умелых, возвеличивая неумех» [Ротбард М., 2016: 330].

Поскольку магистральная линия налоговой политики государства в идеале должна проходить по траектории повышения уровня потребностей основной массы граждан, то очевидно, что такие потребности могут удовлетворяться самостоятельно — внутри частных хозяйств и централизованно — государством за счет налоговых платежей. В свою очередь расширение потребностей происходит в комбинаторике указанных форм: либо равномерно, либо с преимуществом одной из форм.

Потребности в первичных условиях для сохранения жизни и здоровья, как правило, реализуются в пределах частных хозяйств. Если минимальные потребности не удовлетворяются, то любое увеличение налогообложения обременительно, поскольку отвлекает средства из частных хозяйств.

Экономикой первичных потребностей зачастую выступает неофициальная «гаражная» экономика — маргинальные анклавные выживания значительной части населения в регионах. Теневые кустари ничего не ожидают от государства и в его декларативных институтах не нуждаются. Они трудятся в рамках артельных принципов распределения получаемых доходов. В 2013 г. на конференции в НИУ ВШЭ, посвященной проблемам развития экономики и общества, вице-премьер О. Голодец заявила о нахождении 44% трудовых ресурсов в теневой экономике: «Из 86 млн граждан трудоспособного возраста только 48 млн работают в секторах, которые нам видны и понятны. Где и чем

заняты все остальные, мы не понимаем»<sup>15</sup>. Правительство фактически признает, что благосостояние населения и расширение его потребностей не заботят власть и не формируют соответствующие направления бюджетных расходов.

В итоге несбалансированное налогообложение добавленной стоимости, принося все свои неудобства и недостатки, нарушает согласие между властью и народом, когда это согласие является единственным средством к выходу из социально-экономического кризиса.

## Выводы

Результаты вскрытия противоречий правового регулирования НДС могут быть конструктивно использованы для получения нового знания, необходимого для совершенствования налогово-бюджетной политики в контексте преодоления проблем, связанных с потребностями масштабной модернизации экономики и социальной жизни в России. Разумно предложить изменение вектора налогообложения факторов труда и капитала на противоположное, устремляющее энергию бизнеса к увеличению заработных плат работников и снижению потребления ресурсов, и «так ориентировать нашу налоговую систему, чтобы она работала на главную цель: на стимулирование деловой активности, на рост экономики и инвестиций, создавала конкурентные условия для развития наших предприятий»<sup>16</sup>.

Задача устранения основных противоречий правового регулирования НДС может быть поставлена в зависимость от выполнения государством следующих условий: внутренняя политика государства направлена на справедливое финансово-правовое распределение поступлений НДС и фактическое сокращение неравенства в доходах между богатейшей и беднейшей частями населения; наибольшая часть налоговых платежей затрачивается на нужды большинства граждан; промышленная политика государства нацелена на рост капиталоемкого современного производства и производительности труда.



## Библиография

Ершов Ю.С. Что ждет Россию, или можно ли верить долгосрочным прогнозам? // ЭКО. 2011. N 12. С. 36.

Казакова М.В. Качество администрирования НДС в странах ОЭСР и России. Реформирование российской системы взимания налога. М.: ИЭПП, 2010. 125 с.

Катасонов В.Ю. Пора возвратиться домой! Становление капитализма в России как история «экономических провалов». По воспоминаниям русского промышленника и купца Василия Александровича Кокорева. М.: Родная страна, 2017. 534 с.

---

<sup>15</sup> XIV Апрельская конференции ВШЭ: социальная сфера в поиске денег и идей. Available at: URL: <https://www.hse.ru/news/extraordinary/79252003.html> (дата обращения: 12.10.2019)

<sup>16</sup> Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию...

- Кириллов В.Ф. Конституционное право Российской Федерации. Тюмень: Изд-во Тюменского университета, 2008. 347 с.
- Кудрявцев В.Н. (ред.) Криминология. М.: Норма, 2015. 800 с.
- Лунеев В.В. Юридическая статистика. М.: Юристъ, 2007. 394 с.
- Малган Д. Саранча и пчела: хищники и творцы в капитализме будущего. М.: Изд-во Института Гайдара, 2014. 371 с.
- Пристланд Д. Красный флаг: история коммунизма. М.: Эксмо, 2011. 973 с.
- Ротбард М. Власть и рынок: государство и экономика. Челябинск: Социум, 2016. 416 с.
- Соколов А.А. Теория налогов. М.: ЦентрЮринформ, 2003. 506 с.
- Стиглиц Д. Цена неравенства. Чем расслоение общества грозит нашему обществу. М.: Эксмо, 2017. 255 с.
- Тарасов И.Т. Финансы и налоги: очерки теории и политики. М.: Статут, 2004. 618 с.
- Шванебах П.Х. Наше податное дело. СПб.: тип. М.М. Стасюлевича, 1903. 403 с.
- Эбрилл Л., Кин. М., Боден Ж.-П., Саммерс В. Современный НДС. М.: Весь мир, 2003. 274 с.
- Эко У. От древа к лабиринту. Исторические исследования знака и интерпретации. М.: Академический проект, 2016. 559 с.
- Эминов В.Е. Концепция борьбы с организованной преступностью в России. М.: Проспект, 2007. 46 с.
- Amaral G., Olenike J., Amaral Viggiano L. Estudo sobre o verdadeiro custo da tributação brasileira. Available at: [http://www.banasqualidade.com.br/jornal\\_digital/custo%20brasil.pdf](http://www.banasqualidade.com.br/jornal_digital/custo%20brasil.pdf) (дата обращения: 12.10.2020)
- Crawford I., Keen M., Smith S. Value added tax and excises. Dimensions of tax design. Oxford: University Press, 2010. 1347 p.
- Kee J. Fiscal decentralization: theory as reform. Working Paper Series. Washington, 2003, pp. 1–34.
- Lukic M. Tributação no Brasil: estudos, ideias e propostas: ICMS: Entraves Jurídicos e Econômicos e Propostas de Melhoria. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2017. 220 p.
- Rezende F. ICMS: Como era, o que mudou ao longo do tempo, perspectivas e novas mudanças. Cadernos Fórum Fiscal, 2009, no 10, pp.1–50.
- Schenk A., Thuronyi V., Cui W. Value Added Tax: A Comparative Approach. New York: Cambridge University Press, 2015. 560 p.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 3**

### **Dialectics of Contradictions in Legal Regulation of Value Added Taxation**



**Dmitry Bachurin**

Leading Researcher, Sector of financial, tax, banking and competition law, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences. Address: 10 Znamenka Street, Moscow 119069, Russia. E-mail: 01ter@mail.ru



## Abstract

The article examines a set of contradictions in the taxation of value added in the contemporary Russia, which can be found at the borders of the systems of public administration, fiscal distribution, social and economic reproduction. Among the social contradictions that cannot be overcome within the framework of existing legislation and which tend to increase in all groups in legal relations, allocated: economic-legal (manifested mainly in the sphere of production of material goods) between the nature of legal regulation of taxation of value added and the level of development of productive forces; between labor and capital as the main factors of production, affecting the performance of the mechanism of legal regulation of taxation of value added; financial and legal relations: between the actual nature of the modern Russian model of financial redistribution of added value and socially-oriented target settings for the use of funds received from value-added taxation; law enforcement: between the declarations of the fight against corruption and the situation when the majority of VAT tax fraud detected in the Russian Federation is based on schemes organized and executed with the participation of officials themselves within regulatory and law enforcement agencies; between the costs of effort and resources that are diverted to improving the legal regulation of VAT, and the persistent inability of the state institutions to eliminate the criminal networks of VAT fraud that form a new sector of criminal business; social and legal issues that are manifested in the process of structural deformations of civil society. The conclusion is made about the need to reform VAT in line with the conscious and systematic resolution of contradictions in the legal regulation of value-added taxation, expressed in the current Russian Federation legislative acts. The main conditions for overcoming the contradictions within the legal regulation of VAT have to become the following legislative restrictions: the state's legal policy have to be purposed at a fair financial and legal distribution of VAT revenues and the actual reduction of income inequality between the richest and poorest strata of the population; the largest part of tax payments is spent on the needs of the majority of citizens; the state's industrial policy must be aimed at the growth of capital-intensive modern production and labor productivity.



## Keywords

value added tax; goods; services; labor; capital; contradictions in the legal regulation.

**For citation:** Bachurin D.G. (2021) Dialectics of Contradictions in Legal Regulations of Value Added Taxation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 56–81 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.56.81



## References

- Amaral G., Olenike J., Amaral Viggiano L. (2008) Estudo sobre o verdadeiro custo da tributação brasileira. Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. Working Paper. Available at: [http://www.banasqualidade.com.br/jornal\\_digital/custo%20brasil.pdf](http://www.banasqualidade.com.br/jornal_digital/custo%20brasil.pdf) (дата обращения: 12.10.2020)
- Crawford I., Keen M., Smith S. (2010) *Value added tax and excises. Dimensions of tax design*. Oxford: OUP, 1347 p.
- Criminology* (2015) V.N. Kudryavtsev, ed. Moscow: Norma, 800 p. (in Russian)
- Ebrill L., Kin M., Boden J.-P., Summers V. (2003) *Modern VAT*. Moscow: Ves' mir, 274 p. (in Russian)

- Eco U. (2016) *From the tree to the maze. Historical studies of the sign and interpretation*. Moscow: Akademicheskyyi proyekt, 559 p. (in Russian)
- Eminov V.E. (2007) *The concept of combating organized crime in Russia*. Moscow: Prospekt, 48 p. (in Russian)
- Ershov Yu.S. (2011) What awaits Russia, or Is it possible to believe long-term forecasts? *ECO*, no 12, pp. 36 (in Russian)
- Kazakova M.V. (2010) *Quality of VAT administration in the OECD countries and Russia. Reformation of the Russian tax collection system*. Moscow: IEPP Press, 128 p. (in Russian)
- Katasonov V. Yu. (2017) It's time to return home! The formation of capitalism in Russia as a history of economic failures. Memoirs of the Russian businessman Vasily Kokorev. Moscow: Rodnaya strana, 534 p. (in Russian)
- Kee J. (2003) Fiscal decentralization: theory as reform. Working Paper Series George Washington University. 2003, pp. 1–34.
- Kirillov V.F. (2008) *Russian Constitutional law*. Tyumen: University, 347 p. (in Russian)
- Lukic M. (2017) *Tributação no Brasil: estudos, ideias e propostas: ICMS: Entraves Jurídicos e Econômicos e Propostas de Melhoria*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 220 p.
- Luneev V.V. (2007) *Legal statistics*. Moscow: Yurist, 394 p. (in Russian)
- Malgan D. (2014) *Locust and bee: predators and creators in the capitalism of the future*. Moscow: Gaidar Institute, 371 p. (in Russian)
- Priestland D. (2011) *Red flag: a history of communism*. Moscow: Eksmo, 973 p. (in Russian)
- Rezende F. (2009) ICMS: Como era, o que mudou ao longo do tempo, perspectivas e novas mudanças. *Cadernos Fórum Fiscal*, no 10, pp. 1–50.
- Rothbard M. (2016) *Power and market: government and economy*. Chelyabinsk: Sotsium, 416 p. (in Russian)
- Schenk A., Thuronyi V., Cui W. (2015) *Value added tax: a comparative approach*. N.Y.: Cambridge University Press, 560 p.
- Schwanebach P. H. (1903) *Our tax-paying business*. Saint Petersburg: Stasulevish, 403 p. (in Russian)
- Sokolov A.A. (2003) *Theory of taxes*. Moscow: Centryurinform, 506 p. (in Russian)
- Stiglitz D. (2017) *The price of inequality. How social stratification threatens our society*. Moscow: Eksmo, 255 p. (in Russian)
- Tarasov I.T. (2004) *Finance and taxes: essays on theory and politics*. Moscow: Statut, 615 p. (in Russian)

# Принцип пропорциональности как инструмент достижения баланса интересов в налоговых отношениях: проблемы теории и правоприменительной практики в России и за рубежом

---

 **С.А. Ядрихинский**

Доцент, кафедра административного и финансового права Северо-Западного института (филиала Университета имени О.Е. Кутафина), кандидат юридических наук. Адрес: 160001 Российская Федерация, Вологда, ул. Марии Ульяновой 18. E-mail: Syadr@yandex.ru

---

## **Аннотация**

Одна из проблем отечественного налогообложения, с которой приходится сталкиваться на практике, — это отсутствие понятных правовых механизмов и форм согласования антиномичных интересов. Конструкт «баланс интересов» в юридической литературе и судебных актах используется столь же часто, сколь и неосмысленно. Без ответа остается множество вопросов: в чем именно состоит баланс интересов и каковы его критерии, как он достигается, какие инструменты и алгоритмы для этого существуют. Само балансирование почти всегда происходит имплицитно. Как в теории налогового права, так и в практике оно является чем-то новым (*terra incognita*). Из-за непонимания существа баланса и способов его достижения, отсутствия разработанной методологии оценки и взвешивания интересов налоговые сложные дела разрешают в большой мере интуитивно, исходя из собственных представлений правоприменителя о должном. Такой подход не добавляет судебным актам легитимности и открытости, нередко вызывает непонимание в профессиональной научной среде. Субъективизм создает угрозу ущемления законных интересов не только сторон налоговых отношений, но и в целом законности. Предметом настоящего исследования является принцип пропорциональности, который рассматривается в качестве методологического базиса в достижении баланса частных и публичных интересов в налоговых отношениях. Целью работы ставится выявление скрытых от российского правоприменителя возможностей доктрины пропорциональности и тем самым добавление рациональности в вопросе достижения правового равновесия при разрешении налоговых конфликтов. С помощью догматического, сравнительно-правового и других методов, выработанных правовой наукой, раскрывается инструментальный потенциал принципа пропорциональности. Рассматривается возможность рецепции достижений зарубежной юридической мысли в отечественную теорию налогового права и адаптации ее в практику налоговых отношений. Анализируется тест на пропорциональность в зарубежных и российской юрисдикциях. Выявляются дополнительные требования к обоснованию выводов принимаемого решения. С помощью математической модели исследуется проблема соизмеримости веса ценности интересов, а также проблема формализации процесса взвешива-

ния интересов; подвергается критической оценке концепция «формулы веса» Роберта Алекси. Делается вывод, что принцип пропорциональности является юридическим воплощением принципа Парето-оптимума.

---



### Ключевые слова

пропорциональность, баланс интересов, вмешательство, ограничительные меры, рациональное обоснование, тест на пропорциональность, взвешивание, формула веса, конституционные ценности.

---

---

**Благодарности:** Статья выполнена при поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках научного проекта № 20-111-50494.

**Для цитирования:** Ядрихинский С.А. Принцип пропорциональности как инструмент достижения баланса интересов в налоговых отношениях: проблемы теории и правоприменительной практики в России и за рубежом // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 82–105.

УДК: 34

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.82.105

## Введение

Конституционная реформа в целях оптимального соотношения индивидуальной свободы и общественной солидарности принесла новую статью 75.1 Конституции Российской Федерации, где говорится в том числе о взаимном доверии государства и общества, сбалансированности прав и обязанностей гражданина. Очевидно, что в правах гражданина в большей мере выражен частный интерес, а в обязанностях — публичный. Проблема баланса интересов, вопросы доверия к действиям государства и раньше являлись предметом доктринального и судебного внимания. Особенно остро они затрагивали крайне чувствительную и конфликтную налоговую сферу. Суверенные права государства в вопросе налогообложения оставляют дискрецию законодателю и налоговым органам при осуществлении ими своих полномочий. В то же время государственная власть не абсолютна. Она связана правом, вытекающими из него требованиями.

Выведение указанных вопросов на конституционный уровень ставит перед правовой наукой задачу формирования полноценной методологии измерения и балансирования релевантных интересов через призму конституционных ценностей, объясняющую получение того или иного правового результата. Участники налоговых отношений объективно заинтересованы в правовом средстве, которое выступало бы противовесом усмотрению органов публичной власти, позволяло исключить произвольность правового регулирования и несоразмерность в правоприменении.

В качестве теоретической и инструментальной основы искомого равновесия предлагается концепция пропорциональности. Она по праву завоевала мировое признание и превратилась в стандарт, разделяемый многими юрисдикциями. Исходной доминантой данной концепции является допущение о существовании компромиссного правового пространства между полярными интересами, приемлемого для противоборствующих сторон.

## **1. Исторические предпосылки и концептуальная основа принципа пропорциональности**

Идея пропорциональности имеет долгую историю и в своем генезисе основывается на философско-правовой мысли о необходимости приведения вещей (социальных притязаний) к гармонии, согласию, равновесию. Пропорциональность выступает неотъемлемым спутником справедливости. Незря Аристотель, раскрывая сущностные характеристики справедливости, обращался к понятию пропорциональности. Несправедливость, по Аристотелю, состоит в непропорциональности, в нарушении равномерности [Аристотель, 2020: 93–96].

Предшественником современной теории пропорциональности являются попытки прусских юристов XVIII века К. Свареса (1746–1798) и Г. фон Берга (1765–1843) обосновать законность государственного вмешательства в частную автономию лица и предупредить конфликт между публичными целями и индивидуальными свободами. Они еще не использовали термин «пропорциональность», но допускали правомерное ограничение прав частных лиц публичной администрацией для достижения весомого общего блага, если разница в весе индивидуальных и публичных благ была очевидна. Первоначальный идейный замысел пропорциональности, таким образом, связывался с оправданием ограничительных мер, приведением их в законное русло в противовес экспансии естественных прав.

Правовая доктрина пропорциональности (как анализ обоснованности вмешательства) в дальнейшем совершенствовалась и в XIX веке заняла прочное место не только в теории публичного права, но и в практике прусских административных судов. Как конституционный принцип и правовая теория, пропорциональность оформляется во второй половине XX века благодаря трудам известных зарубежных ученых Н. Маккормика, Р. Алекси, Д. Битти, А. Барака, П. Лерче и др., а также практике Конституционного суда Германии, воспринятой в дальнейшем Европейским судом по правам человека.

Концептуальная суть пропорциональности заключается в обеспечении прав и законных интересов частных лиц от их произвольного административного ограничения; в проверке адекватности ограничительных мер, вводимых ради достижения публично значимой цели. В каждом случае пу-

блично-правовая цель подвергается оценке на предмет ее легитимности. Основной фокус внимания в пропорциональности уделяется рациональной связи между целью и средствами ее достижения. Правоприменитель, учитывая различные социальные, экономические, политические и иные метаюридические факторы, в разрешении проблемы соразмерности средств и цели должен найти «золотую середину», или баланс между ограничением прав и приобретаемыми в результате ограничения выгодами. Ограничение права в системе правового регулирования и правоприменения не должно приводить к его умалению, выхолащиванию существа, утрате содержания.

Идейная основа пропорциональности состоит в том, что права человека не абсолютны и могут ограничиваться на законных основаниях, но и сами ограничения имеют пределы, поскольку усмотрение органов публичной власти также не обладает абсолютной свободой. В этом, по выражению А. Барака, заключается «двойная функция пропорциональности» [Barak A., 2010: 6]. Дискреционные границы полномочий и критерии усмотрения органов власти определяются конституционными и общеправовыми требованиями. В то же время, как отмечает Б. Шлинк, если само право не допускает возможности какого-либо вмешательства, когда права защищаются по содержанию, безусловно и однозначно, такое вмешательство не может являться предметом анализа с позиций пропорциональности [Шлинк Б., 2012: 60]<sup>1</sup>.

На текущий момент принцип пропорциональности, ставший «неотъемлемым атрибутом юридической культуры» в европейских государствах [Должиков А.В., 2015: 14–19], проник далеко за пределы общеевропейского правового пространства и получил признание в странах с разными правовыми системами Южной Америки, Африки, Австралии, Новой Зеландии, а также Северной Америки [Barak A., 2012: 186–202].

В отечественной правовой системе принцип пропорциональности содержательно закреплен в ч. 3 ст. 55 Конституции (хотя данный термин в ее тексте не упоминается) и является инструментом конституционного надзора. Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно указывал, что ограничения прав и свобод допустимы, только если такие ограничения необходимы для защиты конституционно значимых ценностей, отвечают тре-

---

<sup>1</sup> Соглашаясь с этим суждением в том смысле, что так должно быть, отметим, что практике известны и обратные примеры даже в отношении такого абсолютного права, как право на жизнь. Например, президент США Дж. Буш подписал приказ, разрешавший сбить пассажирский самолет, летевший в США из Испании 11.09.2001 (когда террористы «Аль-Каиды» атаковали объекты в Нью-Йорке и Вашингтоне), если это будет необходимым. Позже стало известно, что испанский пассажирский самолет не имел никакого отношения к «Аль-Каиде» и к террористическим атакам в США. Экипаж самолета, узнав о терактах в Нью-Йорке и Вашингтоне, развернул лайнер и уцелел лишь благодаря принятому командиром корабля решению. Available at: URL: <https://www.newsru.com/world/30apr2004/sbit.html> (дата обращения: 22.01.2021)

бованиям справедливости, адекватны социально необходимому результату и, не будучи чрезмерными, строго обусловлены публичными интересами, перечисленными в ст. 55 (ч. 3) Конституции<sup>2</sup>.

Имея широкую область применения, принцип пропорциональности затрагивает и налоговую сферу, так как фискальным аппетитам всегда противостоит право частной собственности. При этом пропорциональность касается не только сферы правоприменения, но и сферы нормотворчества, т.е. это не судебная доктрина, а именно правовая концепция с активной ролью законодателя. И если есть достаточные и обоснованные основания усомниться в разумности и справедливости правового регулирования, то это повод для его пересмотра. Ранее нами отмечался не вполне пропорциональный подход законодателя в нормативном установлении дифференцированного размера компенсаций за неправомерное пользование денежными средствами в отношении государства и налогоплательщика. Пени (ст. 75 Налогового кодекса Российской Федерации — далее НК), уплачиваемые в пользу государства, и проценты (ст. 78, ст. 79 НК), уплачиваемые в пользу налогоплательщика, в однородных по своей юридической природе компенсационно-восстановительных налоговых отношениях начисляются по разным ставкам, что ставит частного собственника (налогоплательщика) в дискриминационное положение по сравнению с публичным собственником без объективного и разумного оправдания. Вопрос об аргументах в пользу такого несоразмерного (непропорционального) законодательного решения, допускающего различия в правах лиц, находящихся в одинаковых или сходных обстоятельствах, вопреки конституционным принципам равенства, справедливости, признания и защиты всех форм собственности равным образом (ч. 2 ст. 8 Конституции), актуален и по сей день.

В развитых правовых порядках на первое место встают вопросы правового, или, как говорят зарубежные ученые, рационального обоснования дискреционного акта (вмешательства) органа публичной власти, будь то установление повышенных налоговых ставок, отмена налоговых льгот законодателем или сужение дозволенной сферы налогоплательщиков актом налогового органа. Сами по себе фискальные соображения не могут являться определяющим оправданием, ключевым аргументом в пользу такого вмешательства. Абсолютная, неподконтрольная дискреция властного субъекта ставит

---

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 21.04.2003 № 6-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. № 3; Постановление Конституционного Суда РФ от 24.02.2004 № 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 2; Постановление Конституционного Суда РФ от 12.07.2007 № 10-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2007. № 5; Постановление Конституционного Суда РФ от 29.06.2012 № 16-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2012. № 5; Постановление Конституционного Суда РФ от 16.04.2015 № 8-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2015. № 4; Постановление Конституционного Суда РФ от 03.07.2018 N 28-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2018. № 6 и др.

под угрозу принцип верховенства права, размывая его существо, подменяет принцип верховенства права целесообразностью.

Несмотря на всю важность принципа пропорциональности и ссылки на него в судебных актах, этот принцип не закреплен в законодательстве о налогах и сборах, если не принимать во внимание положения п. 3 ст. 114 НК, предусматривающего возможность уменьшения налоговой санкции при наличии смягчающего ответственность обстоятельства (соразмерность наказания в зависимости от тяжести содеянного, размера и характера причиненного ущерба). Да и в научной и учебной литературе налогового права не всегда находится место полноценной характеристике принципа пропорциональности. Например, в монографии, посвященной реализации принципов налогового права, принцип пропорциональности не обособляется, а термин «пропорциональность» рассматривается как составляющая соразмерности при установлении налогов, которая должна учитывать фактическую способность налогоплательщика к уплате налога (п. 1 ст. 3 НК) [Лопатникова Е.А., 2012: 83].

Безусловно, с этими проявлениями многоаспектного феномена пропорциональности трудно не согласиться. Конституционный Суд Российской Федерации подвергал анализу эту сторону пропорциональности<sup>3</sup>. Однако сам принцип имеет более системную природу, больший правозащитный потенциал и более развернутое применение.

## **2. Классическая структура теста на пропорциональность**

В общем виде структура анализа пропорциональности включает в себя четыре последовательных этапа:

необходимо установить, действительно ли имело место ограничение индивидуальных прав властями, соответствует ли такое ограничение закону, является ли преследуемая цель легитимной (проверка законности, или тест на легитимную цель вмешательства). Так, Конституционный Суд в своих актах неоднократно отмечал, что цели одной только рациональной организации деятельности органов власти не могут служить основанием для ограничения прав и свобод, поскольку обратное может приводить к несовместимости с требованиями принципа справедливости, в том числе в сфере взимания обязательных публичных платежей в бюджет<sup>4</sup>;

<sup>3</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 16.12.2008 № 1069-О-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2009. № 3.

<sup>4</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 17.01.2018 № 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2018. № 3; Постановление Конституционного Суда РФ от 15.02.2019 № 10-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2019. № 3.

проверяется пригодность или уместность выбранного властями средства достижения поставленной цели, т.е. может ли планируемая цель в принципе достигаться с помощью таких мер, приведут ли они к заявленному для этой цели публично значимому результату (тест рациональной связи цели и средства);

исследуется возможность достижения желаемого результата другими, менее ограничительными или альтернативными способами, т.е. проверяется необходимость выбранного средства. Необходимыми признаются те средства, которые «способствуют максимально эффективному достижению легитимной цели при минимальном ограничении прав» [Бажанов А.А., 2018: 131];

взвешиваются преимущества достигнутой цели с «ущербом» вследствие ограничений индивидуальных прав, т.е. проверяется соразмерность или пропорциональность в узком смысле. Если же на предыдущем этапе находится пропорциональная альтернатива, то взвешивание проводится с учетом и в сравнении с пропорциональной альтернативой. А. Барак отмечает, что сравнение должно происходить в предельных состояниях: максимальные выгоды против маргинального ущерба (*marginal benefit vs marginal harm*) [Barak A., 2010: 8].

Идея максимизации разницы между выгодами и издержками пронизывает содержание всех этапов теста на пропорциональность: издержки становятся не оправданными, если фактические выгоды сводятся к нулю (критерий обоснованности или пригодности); если использование альтернативных средств уменьшает издержки (критерий необходимости), или когда совокупные издержки больше приобретаемых выгод (критерий соразмерности, или балансирование) [Манжосов С., 2019: 70].

Тест следует проводить последовательно. Последовательность этапов теста означает, что необходимость каждого последующего этапа возникает только при положительном прохождении предыдущего. Отрицательный ответ на любом из этапов позволяет сделать вывод о непропорциональном ограничении прав налогоплательщика. Самый сложный этап теста в методологическом плане, пожалуй, четвертый. Именно стадия «взвешивания» вызывает наибольшие нарекания юридического сообщества. Однако если на первом этапе выясняется, что преследуемая властями цель не является легитимной, то последующие шаги (исследование средств и балансирование) не осуществляются, то есть до реального взвешивания интересов дело может не дойти, поскольку дальнейший анализ не проводится. По этой причине отмечается важность четкого, недвусмысленного формулирования в нормативном акте цели правоограничения [Леонов А.В., 2016: 19].

В тоже время «учитывая абстрактность этих целей и опытность законодателя, вероятность того, что он предусмотрит меры, не соответствующие таким целям, ничтожна» [Дараган В.А., 2018: 19]. Зарубежные ученые также ссыла-

ются на расплывчатость и абстрактность законной цели, что, в свою очередь, позволяет властям находить оправдание ограничительным мерам в широком значении терминов «защита нравственности» или «общественный порядок» [Contreras P., 2012: 42]. В целом ученые склонны согласиться с тем, что тест на «легитимную цель» является формальностью или «отправной точкой теста» [Grimm D., 2007: 388]; ее анализ по существу проводится в сочетании с другими критериями пропорциональности на последующих этапах анализа.

Аналогичные рассуждения приводятся в отношении второго этапа теста: только явная неуместность (очевидная непригодность) средств может говорить об их дефектности в смысле пропорциональности для достижения предложенной цели. Анализ судебной практики показывает, что используемые средства редко признаются совершенно непригодными. Основная нагрузка, таким образом, ложится на третий и четвертый этапы теста, тогда как первые два носят вспомогательный характер.

Другая проблема ограничения прав касается уполномоченного на то субъекта, поскольку буквальное толкование ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации приводит к выводу о единственно возможном таком субъекте — федеральном законодателе: «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом...». Правомочен ли в таком случае суд или региональный законодатель ограничивать субъективные права в случае возникающей необходимости? Разрешая данную коллизию, В.В. Лазарев предлагает формулу ограничений «на основе федерального закона» [Лазарев В.В., 2018: 5, 7]. В реальности так и происходит. Но насколько это оправдано и совместимо с самой Конституцией? Норма ст. 57 Конституции также предусматривает единственно возможную законную форму установления налога. Если ч. 3 ст. 55 Конституции допустимо придать расширительное толкование, то что мешает это же сделать в отношении ст. 57 Конституции? Получится, что налоги, как и существенные элементы налогообложения можно будет устанавливать не только законом, но и иным актом на основе закона.

Несмотря на всю простоту теста на пропорциональность, он может вызвать затруднения на практике, в ходе самого процесса применения. Проблему осуществления теста выделяет профессор У. Авила. Структура теста логична и понятна, процедура теста формализована, но по мере его реализации встают дополнительные вопросы: что такое уместность? Что значит «необходимые средства»? Как сравнивать преимущества с ущербом? Поднимаемые вопросы находятся в неразрывной связи с содержательной частью теста и должны быть также прояснены, чтобы пропорциональность парадоксальным образом не служила произволу, хотя и задумывалась для борьбы с ним [Avila H., 2007: 113]. Схожие вопросы (о мере, пределах, основаниях, принципах ограничений) становились предметом обсуждения отечественного юридического сообщества [Морозова Л.А., 1998: 26–27].

Другой проблемой, которую обозначает Т. Харбо, может являться ограниченная активность суда. В силу приверженности состязательности сторон, суд должен полагаться на аргументы, выдвинутые сторонами, которые, в свою очередь, могут не основываться на эмпирических, научно обоснованных данных, в частности, что рассматриваемая или альтернативная мера является более или менее ограничительной. Поэтому ученый в целях большей обоснованности предлагает сделать соответствующее научное исследование проблемной темы частью юридической аргументации [Harbo T., 2015: 15].

Последовательность вопросов теста выстроена от «более очевидной несоразмерности к менее явной» [Бажанов А.А., 2018: 131], поэтому важно придерживаться этой последовательности. С другой стороны, в отечественной практике конституционного судопроизводства имеют место случаи скрытого взвешивания конфликтующих публичных и частных интересов еще (уже) на стадии проверки допустимости конституционной жалобы, поскольку проверке подвергается не только формальный, но и содержательный критерий допустимости. Такая правоприменительная модель вызывает в юридическом сообществе резонную критику, поскольку позволяет суду во внесудебной процедуре (без заслушивания сторон, свидетелей, экспертов, специалистов) делать выводы [Сасов К.А., 2013:183]; [Блохин П.Д., 2012: 22]. По мнению А.В. Должикова, этот подход обосновывается процессуальной экономией, однако, как сам ученый справедливо отмечает, «он деструктивен, поскольку позволяет фактически не рассматривать конституционно-правовую проблему по существу, решая ее процессуальными способами» [Должиков А.В., 2020: 11].

Четырехступенчатую структуру теста на пропорциональность мы назвали классической, поскольку в литературе можно встретить вариации теста. В частности, профессор В. Перу предлагает к существующей структуре теста дополнительный субтест («disruption» analysis), требующий оценки результата правового анализа на предыдущих этапах на предмет нарушения, которое этот результат может вызвать в конституционной доктрине. Чем больше отклонение от конституционного прецедента, тем сильнее должны быть причины, оправдывающие его. По мнению ученого, новый шаг формализует в анализе пропорциональности «презумпцию стабильности» в американском конституционном праве [Perju V., 2017: 197–218].

### **3. Методологические проблемы измерения (взвешивания) противопоставленных интересов**

Реализация принципа пропорциональности предполагает в конечном итоге принятие решения в пользу ограничиваемого права или того публично значимого блага, для достижения которого и вводится ограничение. Про-

блема выбора или определения приоритета разрешается при помощи так называемого взвешивания сопоставляемых величин. Так, на одной стороне весов находится требование налогового органа о передаче ему документов (информации), на другой стороне — конфиденциальность данных как проверяемого налогоплательщика, так и лица, которому был адресован запрос. Налоговый запрос может также вступать в коллизию с банковской или иной охраняемой законом тайной. Проблема баланса конфиденциальности данных и обмена налоговой информацией в Европейском союзе проанализировала В. Верер, которая приводит, в частности, несколько примеров непропорционального вмешательства в право на частную жизнь при обмене информацией по налоговым вопросам [Wöhler V., 2018: 230–231].

Чтобы взвесить какую-либо величину (принцип, аргумент, ценность, интерес), должно соблюдаться правило измеримости: величина должна быть измерима (количественно/качественно). Поэтому одной из проблем взвешивания объекта нашего внимания является формализация данного процесса. В связи с этим закономерно возникают физические образы массы, веса, силы и т.п.

У знания системная природа. Именно поэтому часто предпринимаются попытки объяснить правовые явления через системные связи с другими науками: философией, социологией, экономикой. При этом нередко привлекается и методология точных наук (математическое моделирование, структурно-функциональный анализ). Не зря эпоху современного права называют «математическим правом, правом логики», с которым спорить настолько же трудно, как «маститому гроссмейстеру обыграть шахматную компьютерную машину» [Мацкевич И.М., 2019: 5].

Р. Алекси является, пожалуй, одним из самых влиятельных современных ученых среди разработчиков концептуальных основ структурной теории пропорциональности и балансирования интересов. В 2002 году он предложил свою концепцию формулы веса в труде «The Weight Formula» как инструмент оценки одного из критериев теста пропорциональности. Р. Алекси показал структуру баланса с помощью математической модели применительно к принципам, где принцип « $P_i$ », сравнивается с принципом « $P_j$ ». Формула веса ( $W_{i,j}$ ) определяет соотношение в конкретном случае вес  $P_i$  относительно коллидирующего принципа  $P_j$ . Для этого исчисления в отношении каждого принципа вводятся три переменные:  $I$ ,  $W$  и  $R$ , где  $I$  — это ограничения или вмешательство,  $W$  — абстрактный вес,  $R$  — степень достоверности эмпирического и нормативного предположения или коэффициент надежности.

Р. Алекси придает абстрактному весу ценности числовое значение. Он вводит трехклассную или триадическую шкалу (triadic scale) вмешательства, а именно: легкую, умеренную и серьезную, при этом он отмечает, что «есть

множество возможностей для уточнения шкалы» [Alexy R. (a), 2014: 203]. Например, обозначив каждый класс шкалы соответствующими буквами «*l*», «*m*», и «*s*», ее можно превратить в двойную триадную шкалу, которая работает с девятью этапами. Интенсивность вмешательства тогда может быть изображена так: (1) «*ll*», (2) «*lm*», (3) «*ls*», (4) «*ml*», (5) «*mm*», (6) «*ms*», (7) «*sl*», (8) «*sm*», (9) «*ss*» [Alexy R. (a), 2009: 8–9]. Каждому уровню дается числовое выражение.

Формула веса ( $W_{i,j}$ ) представляет собой деление (частное)  $P_i$  на  $P_j$ , где ( $P_i = W_i \times I_i \times R_i$ ;  $P_j = W_j \times I_j \times R_j$ ). Если результат от соотношения (деления) больше единицы, значит, принцип «*i*» имеет больший вес, чем принцип «*j*», и, следовательно, должен преобладать над ним в данном случае; если результат меньше единицы, то принцип «*j*» имеет больший вес.

Перевес одного из принципов не означает недействительности второго, равно как не означает установлений исключений из него, — напротив, при других обстоятельствах взвешивание может дать противоположный результат, и второй принцип возьмет вверх над первым. Если, однако, конкретный вес ( $W_{i,j}$ ) равен 1, получается тупик. В этом случае Р. Алекси апеллирует к дискреционным полномочиям законодателя [Alexy R. (б), 2014: 55]. Исследователь выводит «закон равновесия»: «Чем больше степень неудовлетворенности одного принципа или ущерба ему, тем больше должна быть важность удовлетворения другого принципа» [Alexy R., 2010: 49–50, 102].

Интересным видится геометрический взгляд Д.Г. Шустрова на измерение абстрактного веса ценностей. Опираясь на многомерный подход к конструированию системы ценностей известного германского исследователя ценностей Н. Гартмана [Гартман Н., 2002: 294–297] и труды израильского ученого А. Барака [Barak A., 2005: 180–181], он предложил матрицу ценностей в аксиологической системе координат, где ось абсцисс иллюстрирует значение силы ценности (ее места в горизонтальной иерархии ценностей), а ось ординат — значение высоты (ее места в вертикальной иерархии ценностей) [Шустров Д.Г., 2013: 6–15]. Если исходить из этих соображений и из ст. 2 российской Конституции, то высшая ценность занимает правый верхний угол в этом измерении; абсолютные права являются более значимыми (сильнее) по сравнению с относительными правами и поэтому стоят выше в горизонтальной иерархии ценностей, поскольку обладают большей гарантированностью, защитой — их нельзя ограничить, согласно ч. 3 ст. 55 и ч. 1 ст. 56 Конституции. Такая модель интересна тем, что позволяет определять приоритет или значимость ценностей, находящихся на одном уровне (высоте), относительно друг друга.

Метрическая система и в целом доктрина пропорциональности, предложенная Р. Алекси, была воспринята юридическим сообществом неоднозначно.

но: есть как ее сторонники [Klatt M., 2011: 691–718]; [Wintr J., 2016: 446–461], так и противники, считающие, что в таком формате «пропорциональность терпит неудачу из-за несоизмеримости прав, принципов, переменных в формуле и т. д.» [Urbina F., 2017: 121].

Проблема несоизмеримости, как резонно замечает С.А. Белов, проявляется в двух аспектах (смыслах): «В сильном — как невозможность вообще установить соотношение между сравниваемыми ценностями в отсутствие общей шкалы, мерила ... в слабом — невозможность сопоставить значение одного со значением другого (одна ценность может быть несоизмеримо важнее другой)» [Белов С.А., 2016: 70].

Зарубежные ученые часто приводят в качестве примера высказывание одного из верховных судей США А. Скалиа (в Особом мнении) про сравнение двух несоизмеримых интересов: «Это больше похоже на оценку того, является ли линия длиннее, чем тяжесть скалы» (It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy)<sup>5</sup>.

Замечания ученых небезосновательны, поскольку, во-первых, сама шкала измерения действительно является относительной и не универсальной, а во-вторых, степень судебного усмотрения по-прежнему остается высокой, что образует проблему субъективизма или так называемого рационального обоснования. Очевидно, что количественное измерение по шкале происходит интуитивно: путем экспертных оценок, где экспертами выступают судьи с широкими дискреционными полномочиями.

По крайней мере, Р. Алекси не дает ответа, как происходит измерение. Сторонники его теории отмечают, что речь не идет об измерении какого-либо свойства, существующего в реальности (массы материальных объектов или, например, количества труда, затраченного на производство товара). Вес — это «субъективная категория», а само измерение состоит в «возможности сравнения значений (сопоставимости)» [Alexy R. (6), 2009: 11], в возможности «высказывании оценок» [Манжосов С., 2019: 74].

Но тогда можно согласиться с Е.В. Тимошиной: «... когда это интуитивно очевидно, такое взвешивание избыточно, а в случаях, не отличающихся интуитивной очевидностью, эта формула не предлагает эффективного решения» [Тимошина Е.В., 2016: 81]. Да и сам Р. Алекси соглашается с проблемой установления числовых значений [Alexy R., 2010: 99], а возражение, что «юридическое обоснование не может быть сведено к расчету», парирует: «числа, которые должны быть заменены его переменными, представляют собой суждения, например, суждение «Вмешательство в свободу выражения

<sup>5</sup> Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises. 1988 No. 87-367. Available at: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/486/888.html>. (дата обращения: 16.11.2018)

является серьезным». Таким образом, формула веса неразрывно связана с юридическим дискурсом» [Alexy R. (б), 2014: 55].

Понятно, что ориентиром определения веса интереса должны служить, прежде всего, ценности, отражающие его значимость. Но объективно определить эту значимость проблематично. Трудности оценивания значимости интереса обусловлены сложностью самого объекта интереса. Нельзя исключать ситуации, когда частный интерес налогоплательщика поглощается полностью или частично публичным интересом. В таком случае взвешивание будет происходить между публичными интересами первого и второго порядка.

#### **4. Применение принципа пропорциональности в зарубежной практике и в России**

В разных государствах тест пропорциональности имеет различную структуру. Например, Верховный суд Канады и Конституционный суд Германии используют традиционную четырехступенчатую структуру, а Конституционный суд ЮАР отвергает структурированный подход, хотя и рассматривает те же факторы, что его канадские и немецкие коллеги. Для Конституционного суда Германии самым важным этапом является последний — уравнивание конкурирующих целей, а Верховный суд Канады разрешает большинство дел на третьем этапе. Однако каковы бы ни были различия, отмечает профессор Н. Петерсен, все это является частью общего процесса балансирования [Petersen N., 2017: 80–81].

Профессора Р. Фрейз и Э. Салливан исследовали применение принципа пропорциональности в американских судах. Они отмечают, что почти всегда применение принципа происходит в неявном (имплицитном) виде, т.е. подразумевается, что «суды редко используют язык соразмерности, и они не анализируют отдельно и не проводят четкого разграничения понятий соразмерности целей и средств» [Sullivan E., Frase R., 2008: 95].

В практике Конституционного Суда Российской Федерации пропорциональность является неременным спутником баланса интересов. Вместе с тем анализ судебных решений не позволяет сделать вывод, что рассматриваемая модель пропорциональности востребована, по крайней мере, в том виде, в каком видели ее отцы-основатели: используются лишь отдельные компоненты.

Так, С.А. Белов отмечает, что Конституционный Суд Российской Федерации «как правило, не указывает, какие именно ценности оправдывают то или иное ограничение, насколько допустимы конкретные пределы этих ограничений», а сама «оценка допустимости ограничения прав производит-

ся на глазок, без аргументации и обоснования» [Белов С.А., 2012: 147]. По мнению А.А. Михайлова, Суд, о котором идет речь, «даже не пытается придерживаться трехступенчатого алгоритма теста на пропорциональность... использует стандартные аргументы общего характера» [Михайлов А.А., 2016: 61]. Такой подход конституционных судей к аргументации видится упрощенным и вызывает нарекания ученых из-за своей непрозрачной техники. Констатация Судом того, что, по его мнению, баланс соблюден / не соблюден или ограничения установлены в пределах / за пределами меры в отсутствие логически выстроенной системы аргументации не добавляет ясности и, по всей видимости, легитимности решению.

Например, в деле о проверке конституционности ст. 402 НК РФ данный Суд опирался на принцип пропорциональности и исходил из того, что налогообложение не должно быть несоразмерным, что бесспорно. Однако в мотивировочной части Суд не использовал классический тест на пропорциональность, заменив его общими соображениями о соразмерности. В частности, суд отметил, что «наряду со всеобщностью и равенством налогообложения соразмерность является одним из проявлений принципа справедливости в налоговой сфере, сдерживающего неоправданные фискальные притязания государства, ограничение прав и свобод граждан может выражаться в несправедливом размере предъявленного к уплате налога на имущество физических лиц в том смысле, что этот размер, определенный с помощью инвентаризационной стоимости, существенно отличается (в большую сторону) от того, каким бы он был при его исчислении с учетом кадастровой стоимости объекта недвижимости и соответствующей налоговой ставки»<sup>6</sup>.

В качестве альтернативы концепта «взвешивания» Е.В. Тимошина, А.А. Краевский и Д.Н. Салмин предлагают разрешение спорного вопроса путем телеологического толкования. При этом ученые считают, что классические способы толкования, разработанные в рамках догматической юриспруденции, позволяют достигать того же самого результата. Проанализировав отдельные акты Конституционного Суда Российской Федерации, в которых есть ссылки на процедуру «взвешивания» («баланс ценностей»), ученые также приходят к выводу, что *de facto* в решении отсутствуют схемы рассуждения, подобные «формуле веса» юридических принципов Р. Алекси, и нет ничего, что напоминало бы процедуру «взвешивания» в том виде, каким ее предлагает Р. Алекси [Тимошина Е.В., Краевский А.А., Салмин Д.Н., 2015: 28].

Действительно, суд может приходиться к решению конфликтной ситуации различными путями, но это не означает, что результаты будут одинаковыми.

<sup>6</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 15.02.2019 № 10-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2019. № 3.

В отсутствие прозрачной методологии судебные решения лишаются «необходимой логической рациональности, становятся менее правовыми и более дискреционными, если не произвольными» [Белов С.А., 2012: 148]. Исключительно позитивистское видение проблемы сужает естество субъективного права, которое может выходить за пределы его нормативного выражения в зависимости от обстоятельств. В этом состоит ограниченность юридико-догматических подходов.

Иллюстрацией может являться дело № А13-5629/2014, рассмотренное Арбитражным судом Вологодской области<sup>7</sup>. Налоговый орган в рамках налоговой проверки в порядке ст. 93 НК РФ истребовал у налогоплательщика копии документов, однако их количество было настолько значительным, что, исполняя требование налогового органа, налогоплательщик понес бы неоправданно большие временные и материальные затраты.

Ст. 93 НК РФ не содержит ограничений количества и наименований документов, которые могут быть истребованы у налогоплательщика в рамках выездной налоговой проверки; налоговый орган действует в пределах определенных законом полномочий, поэтому с точки зрения структуры теста на пропорциональность первые две ступени были бы пройдены. Однако избранный налоговым органом способ получения информации не проходит проверки на необходимость, поскольку далее (третий пункт теста) отыскивается альтернативный, менее обременительный для налогоплательщика способ достижения проверяющими результата — проверка на основе оригиналов документов.

Очевидно, что требование налогового органа было непропорциональным, однако суд в качестве обоснования не использовал классический алгоритм теста на пропорциональность, ограничившись абстрактным заключением о несоответствии оспариваемого требования налогового органа положениям НК РФ (не называя при этом нарушенную статью кодекса). Подход суда в целом был направлен на поиск баланса частного и публичного интереса. Он в данном случае заключался в том, что налоговый орган имел возможность провести налоговый контроль без ограничений, используя не копии, а оригиналы документов, а налогоплательщик не подвергался немыслимым временным и материальным затратам.

В тоже время отсутствие рациональной аргументации в мотивировочной части решения вызвало несогласие налогового органа, который хоть и безуспешно, но все же дважды (в апелляционном и кассационном порядке) пытался обжаловать судебное решение, опираясь как раз на нормы закона.

С позиции норм НК РФ на основе формальных критериев признать оспариваемое требование трудно, поскольку нормы закона не нарушают-

---

<sup>7</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 02.06.2015 № Ф07-3042/2015 по делу № А13-5629/2014 // СПС КонсультантПлюс.

ся. Законному требованию налогового органа противостоит законный интерес налогоплательщика. В отношении такой категории споров, исключаяющей механическое правоприменение, известный американский правовед Р. Дворкин ввел в оборот термин *hard cases* (трудные дела) [Dworkin R., 1975: 1057–1109]. Такие дела должны решаться на основе метода пропорциональности и балансирования. Для разрешения спорного вопроса во внимание принимаются даже не сколько нормы права, сколько принципы права, в том числе нормативно не закрепленные.

Когда правоприменитель имеет дело с отсутствующими в законе правилами, эти правила приходится выводить из более общих положений, поскольку «силу закона имеет не только то, что в нем прямо сказано, но и то, что логически вытекает из него» [Коркунов Н.М., 2010: 386]. Суд может разрешить дело и исходя из того, чего прямо в законе не написано, применив максимум *ausuria verborum sunt iudice indigna* (буквоедство ниже достоинства судьи). Этому во многом будет способствовать нестандартное юридическое мышление, креативность участников процесса, умение интуитивно чувствовать право.

Пока что такой «высший пилотаж» свойственен практике судов конституционной юстиции. К сожалению, арбитражные суды и суды общей юрисдикции слишком привязаны к букве закона, и их отступление от нее даже в попытке достижения справедливости пока проблематично, тогда как «идея пропорциональности является существенной частью того, что называется естественным правом» [Гаджиев Г.А., 2019: 57]. Доминирование юридического позитивизма в общественном сознании на протяжении нескольких поколений отечественных юристов привело к неспособности российского правоприменителя отойти от традиционных подходов правопонимания, поиному взглянуть на проблемную ситуацию; он испытывает значительные ментальные (психологические) затруднения, связанные с ломкой стереотипов, непререкаемых ориентиров. В юридической литературе небезосновательно высказывается сожаление, что «в российских судах почти невозможно одержать победу, основываясь на теории права и общих принципах» [Султанов А.Р., 2007: 35]. По этой, вероятно, причине Г.А. Гаджиев отнес применение принципа пропорциональности к прерогативе Конституционного Суда Российской Федерации в качестве конституционной кассации [Гаджиев Г.А., 2019: 59].

Но почему же тогда Конституционный Суд осознано не использует методику пропорциональности в «чистом» виде? По замечанию А. Троицкой, принцип соразмерности в практике Конституционного Суда Российской Федерации «остается практически не раскрытым» [Троицкая А., 2015: 58]. Во-первых, тест на пропорциональность и балансирование интересов

предъявляют к суду дополнительные требования по обоснованию выводов принимаемого решения: они должны быть предельно развернутыми. «Для судьи недостаточно считать, исходя из своей субъективной точки зрения, что одна ценность предпочтительнее другой. Он должен обосновывать предпочтения рациональными объяснениями» [Барак А., 1999: 204]. Каждый раз, когда перед нашим Конституционным Судом будет стоять вопрос о пропорциональности ограничительных мер субъективных прав и законных интересов, он не сможет ограничиться абстрактной констатацией, что данные ограничения соразмерны необходимости защиты конституционных ценностей. Необходимо «показать, какие права и свободы человека могут быть нарушены, если не будут должным образом защищены соответствующие конституционные ценности» [Лапаева В.В., 2013: 17–18]. А задача соотношения конституционных ценностей с правами человека, находящимися в одной линии измерения, уже не из простых, даже для такого авторитетного органа, как Конституционный Суд.

Во-вторых, строгое следование структуре теста потребовало бы от Суда более подробной аргументации в разрезе отдельно взятого вопроса, что делало бы позицию Суда менее адаптивной. Как следствие, Суд лишается гибкости, возможности маневра, поскольку он связан собственными актами. Даже небольшие отступления от сформированных ранее правовых позиций в будующих делах становятся невозможными.

Вероятно, поэтому анализ пропорциональности проводится не в мотивировочной части судебного акта, а в особом мнении к нему<sup>8</sup>.

## Заключение

Тест на пропорциональность, несмотря на свою популярность и прикладной характер, имеет как сторонников, так и противников: полемика вокруг преимуществ и недостатков теста на пропорциональность не прекращается [Цакиракис С. (а), 2011: 47–66]; [Косла М., 2011: 58–66]; [Цакиракис С.(б), 2011: 67–70] и, по всей видимости, будет продолжаться. Проблема измерения веса правовых ценностей действительно является одной из самых трудных в балансировании в силу субъективизма балансера, относительности шкалы измерения и других факторов, что нашло отражение в научном дискурсе. Но какие бы аргументы ни приводились «против», следует признать принцип

---

<sup>8</sup> Мнение судьи Конституционного Суда РФ Г.А. Гаджиева по делу о проверке конституционности положений части 9 статьи 3 Федерального закона «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Е.В. Потоцкого // Вестник Конституционного Суда РФ. 2016. №3.

пропорциональности универсальным средством оптимизации правовых отношений, позволяющим снизить уровень конфликтности, сбалансировать коллидирующие интересы, в том числе в сфере налогообложения, поставить заслон злоупотреблениям. Он адресован всем органам публичной власти и направлен на установление пределов дискреции при осуществлении ими властных полномочий. Практическая реализация принципа не только выступает гарантией прав и законных интересов налогоплательщика от произвольного вмешательства и других проявлений чрезмерной власти, но и способствует легитимизации решений, принимаемых властным субъектом за счет качества юридической техники аргументации и обеспечения полного, всестороннего, сбалансированного рассмотрения спора.

В. Парето в свое время сделал вывод, что максимальное благосостояние достигается в такой точке, когда никто не может улучшить своего положения, не ухудшив при этом положения другого (оптимум Парето). Пропорциональность — это не что иное, как выражение идеи парето-эффективного равновесия, причем у Р. Алекси проверка на пригодность и необходимость касается оптимизации фактических возможностей (*factual possibilities*), а соразмерность в узком смысле — оптимизация юридических возможностей (*legal possibilities*) [Alexy R., 2017: 15–16].

Пропорциональность в налогообложении позволяет конвергировать частный и публичный интересы, установить такой порядок реализации прав и законных интересов, который был бы в равной мере приемлемым для каждой стороны.



## Библиография

Аристотель. Никомахова этика. Москва — Берлин: Директ Медиа, 2020. 222 с.

Бажанов А.А. Проблемы реализации принципа соразмерности в судебной практике // Труды Института государства и права РАН. 2018. № 6. С. 124–157.

Барак А. Судейское усмотрение / пер. с англ. М.: НОРМА, 1999. 376 с.

Белов С.А. Ценностное обоснование решений как проявление судебного активизма Конституционного Суда Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2. С. 140–150.

Белов С.А. Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // Петербургский юрист. 2016. № 1. С. 63–75.

Блохин П.Д. Деятельность Секретариата Конституционного Суда Российской Федерации по рассмотрению жалоб граждан и их объединений: проблемы компетенции // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 1. С. 14–22.

Гаджиев Г.А. О принципе пропорциональности и конституционной кассации // Судья. 2019. № 7. С. 56–64.

Гартман Н. Этика / пер. с нем. СПб.: Ун-т Владимира Даля, 2002. 707 с.

Дараган В.А. Применение теста на пропорциональность при рассмотрении конституционных жалоб / Научные тенденции: юриспруденция. Материалы XIII международной конференции. СПб.: МОАИ, 2018. С. 17–20.

Должиков А.В. Мир идей и мир теней: историко-правовой анализ соразмерности и становление данного феномена в первобытном обществе // История государства и права. 2015. № 15. С. 14–19.

Должиков А.В. Конституционный принцип соразмерности: междисциплинарный подход // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2020. Вып. 47. С. 6–27.

Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. М.: РОССПЭН, 2010. 520 с.

Косла М. Пропорциональность: посягательство на права человека? Ответ Ставросу Цакиракису // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5. С. 58–66.

Лазарев В.В. Ограничение права судебными решениями // Журнал российского права. 2018. № 6. С. 5–16.

Лапаева В.В. Критерии ограничения прав человека и гражданина в Конституции Российской Федерации // Государство и право. 2013. № 2. С. 14–24.

Леонов А.В. Понятие, сущность и генезис принципа соразмерности в праве // Юридическая мысль. 2016. № 4. С. 18–23.

Лопатникова Е.А. Реализация принципов налогового права. М.: Юриспруденция, 2012. 160 с.

Манжосов С. Следование прецеденту в условиях балансирования // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 6. С. 61–85.

Михайлов А.А. Принцип пропорциональности: сущность, практика применения Европейским судом по правам человека, Конституционным Судом РФ и значение для совершенствования системы доказывания в современном уголовном процессе России // Уголовная юстиция. 2016. № 1. С. 56–69.

Мацкевич И.М. Интеллектология права. Предварительные итоги математического моделирования закона // Мониторинг правоприменения. 2019. № 1. С. 4–15.

Морозова Л.А. Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву: материалы круглого стола // Государство и право. 1998. № 7. С. 20–42.

Сасов К.А. Налоговое правосудие в решениях Конституционного Суда Российской Федерации. М.: Норма, 2013. 256 с.

Султанов А.Р. О налогообложении дохода, полученного от продажи акций // Налоговые споры: теория и практика. 2007. № 7. С. 34–38.

Тимошина Е.В. Правовое регулирование в ситуациях конкуренции прав человека: концепция «взвешивания» Р. Алекси / Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: сборник трудов международной научной конференции. Воронеж: ЮНИПРЕСС, 2016. С. 73–85.

Тимошина Е.В., Краевский А.А., Салмин Д.Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2015. № 3. С. 4–34.

Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2. С. 45–69.

Цакиракис С. (а) Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2. С. 47–66.

- Цакиракис С. (б) Пропорциональность: посягательство на права человека? в ответ на статью Мадхава Кослы // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5. С. 67–70.
- Шлинк Б. Пропорциональность: к проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2. С. 56–76.
- Шустров Д.Г. Иерархия конституционных ценностей // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 6. С. 6–15.
- Alexy R. Proportionality and Rationality. In: *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. V. Jackson, M. Tushnet (eds.). Cambridge: University Press, 2017. 343 p.
- Alexy R. (a) Constitutional Rights, Democracy, and Representation. *Ricerchegiuridiche*, 2014, no 2, pp. 197–210.
- Alexy R. (б) Constitutional Rights and Proportionality. *Revus*, 2014, no 22, pp. 51–65.
- Alexy R. *Theory of Constitutional Rights*. N.Y.: Oxford University press, 2010. 462 p.
- Alexy R. (a) On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*. 2009, no 1, pp. 1–17.
- Alexy R. (б) The Reasonableness of Law / Reasonableness and Law. G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (eds.). The Hague: Springer, 2009. 464 p.
- Avila H. *Theory of legal principles*. N.Y.: Springer, 2007. 154 p.
- Barak A. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitation*. Cambridge: University Press, 2012. 612 p.
- Barak A. Proportionality and Principled Balancing. *Law and Ethics of Human Rights*, 2010, no 1, pp. 1–18.
- Barak A. *Purposive interpretation in law*. Princeton: University press, 2005. 423 p.
- Contreras P. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2012, issue 1, pp. 28–82.
- Dworkin R. Hard Cases. *Harvard Law Review*. 1975, no 6, pp. 1057–1109.
- Grimm D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*. 2007, no 2, pp. 383–397.
- Harbo T. *The Function of Proportionality Analysis in European Law*. Leiden–Boston: Brill-Nijhoff, 2015. 331 p.
- Klatt M. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2011, vol. 71, S. 691–718.
- Perju V. Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure. In: *Forthcoming, Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: University Press, 2017. 343 p.
- Petersen N. Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa. Cambridge: University Press, 2017, 258 p.
- Sullivan E., Frase R. *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*. Oxford: University Press, 2009. 284 p.
- Urbina F. *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge: University Press, 2017. 267 p.
- Wintr J. Alexy hovážící formulí. *Pravnik*, 2016, no 5, pp. 446–461.
- Wöhler V. Data Protection and Taxpayers' Rights: Challenges Created by Automatic Exchange of Information. Amsterdam: IBFD, 2018, 506 p.

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 3

### The Proportionality Principle as a Tool for Achieving Balance of Interests in Tax Relations: Theory and Law Enforcement in Russia and abroad



**Sergey Yadrikhinskiy**

Associate Professor, Department of administrative and financial law, Northern-Western Institute (branch of the Kutafin University), Candidate of Juridical Sciences. Address: 18 Maria Ulyanova Str., Vologda 160001, Russian Federation. E-mail: Syadr@yandex.ru



#### **Abstract**

One of the problems of Russian tax science that we have to face in practice is the lack of clear legal mechanisms and forms of coordination of antinomic interests. The “balance of interests” construct is used as often as it is unintelligent in legal literature and judicial acts. Many questions remain unanswered: what exactly is the balance of interests and what are its criteria, how it is achieved, what tools and algorithms exist for this. The balancing itself is almost always implicit. Both in the theory of tax law and in practice, it is something new (terra incognita). Due to a lack of understanding of the essence of the balance and how to achieve it, in the absence of a developed methodology for assessing and weighing interests, tax hard cases are resolved more intuitively, based on the law enforcement officer’s own ideas about what is due. This approach does not add legitimacy and openness to judicial acts, and often causes misunderstandings in the professional law community. The problem of subjectivism creates a real threat of infringement of the legitimate interests not only of the parties to tax relations, but also of the rule of law in general. The subject of this study is the principle of proportionality, which is considered as a methodological basis for achieving a balance of private and public interests in tax relations field. The aim of the work is to identify possibilities of the proportionality doctrine hidden from the Russian law enforcement, and thereby to add rationality to the issue of achieving (justifying) legal balance in the resolution of tax conflicts. With the help of dogmatic, comparative legal and other methods developed by legal science, instrumental potential of principle of proportionality is revealed. The article considers possibility of receiving achievements of foreign legal thought in the domestic theory of tax law and adapting it to practice of tax relations. The article analyzes the proportionality test (the structure of criterion and the content) in foreign and Russian jurisdictions. Additional requirements for the court to substantiate the conclusions of the decision are identified. With the help of a mathematical model, a problem of the commensurability of weight of the value of interests, as well as issue of formalization of the process of weighing interests, is investigated; the concept of the weight formula promoted by Robert Alexy is critically evaluated. The article analyzes application of principle of proportionality in foreign practice and in Russia. It is concluded principle mentioned is the legal embodiment of the Pareto-optimum principle.



#### **Keywords**

proportionality; balance of interests; intervention; restrictive measures; rational justification; proportionality test; weighting; weight formula; constitutional values.

**Acknowledgements:** The study was supported by the Russian Fund of Fundamental Research, project N 20-11-50494.

**For citation:** Yadrikhinskiy S.A. (2021) The Proportionality Principle as a Tool for Achieving Balance of Interests in Tax Relations: Theory and Law Enforcement in Russia and abroad. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 82–105 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.82.105



## References

- Alexy R. (2010) *A Theory of Constitutional Rights*. N.Y.: Oxford University press, 462 p.
- Alexy R. (2014) (a) Constitutional Rights, Democracy, and Representation. *Ricerchegiuridiche*, no 2, pp. 197–210.
- Alexy R. (2014) (б) Constitutional Rights and Proportionality. *Revus*, no 22, pp. 51–65.
- Alexy R. (2009) (a) On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*, no 1, pp. 1–17.
- Alexy R. (2017) Proportionality and Rationality In: *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. V. Jackson and M. Tushnet (eds.). Cambridge: University Press, 343 p.
- Alexy R. (2009) (б) The Reasonableness of Law. In: *Reasonableness and Law*. G. Bongiovanni et al (eds.). New York: Springer, 464 p.
- Aristotle (2020) *Nikomahovian ethics*. Moscow-Berlin: Direct-Media, 222 p. (in Russian)
- Avila H. (2007) *Theory of legal principles*. Berlin: Springer, 154 p.
- Barak A. (2012) *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitation*. Cambridge: University press, 612 p.
- Barak A. (2005) *Purposive interpretation in law*. Princeton: University Press. 423 p.
- Barak A. (1999) *The Judicial Discretion*. Moscow: Norma, 376 p. (in Russian)
- Barak A. (2010) Proportionality and Principled Balancing. *Law & Ethics of Human Rights*, no 1, pp. 1–18.
- Bazhanov A.A. (2018) Implementing principle of proportionality in judicial practice. *Proceedings of the Institute of State and Law*, no 6, pp. 124–157 (in Russian)
- Belov S.A. (2012) The axiological justification of decisions as a manifestation of judicial activism of the Russian Constitutional Court. *Sravnitelnoe konstitutcionnoe obozrenie*, no 2, pp. 140–150 (in Russian)
- Belov S.A. (2016) Rationality of judicial balancing of constitutional values with using proportionality test. *Petersburgskiy jurist*, no 1, pp. 63–75 (in Russian)
- Blokhin P.D. (2012) Secretariat of the Constitutional Court of Russia and consideration of citizens and their associations complaints: issue of competence. *Zhurnal konstitutcionnogo pravosudija*, no 1, pp. 14–22 (in Russian)
- Contreras P. (2012) National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, issue 1, pp. 28–82.
- Daragan A.V. (2018) Application of proportionality test when considering constitutional complaints. In: *Research trends — jurisprudence. Materials of International Conference*. Saint Petersburg: MOAN, pp. 17–20 (in Russian)
- Dolzhiikov A.V. (2015) A world of ideas and world of shadows: a historical-legal analysis of proportionality and the emergence of the phenomenon in a primitive society. *Istoria gosudarstva i prava*, no 15, pp. 14–19 (in Russian)

- Dolzhirov A.V. (2020) Constitutional principle of proportionality: interdisciplinary approach. *Vestnik Permskogo universiteta*, no 47, pp. 6–27 (in Russian)
- Dworkin R. (1975) Hard Cases. *Harvard Law Review*, no 6, pp. 1057–1109.
- Gadzhiev G.A. (2019) On the principle of proportionality and constitutional cassation. *Sudia*, no 7, pp. 56–64 (in Russian)
- Gartman N. (2002) *The ethics*. Saint Petersburg: Vladimir Dahl University, 707 p. (in Russian)
- Grimm D. (2007) Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*, no 2, pp. 383–397.
- Harbo T. (2015) *The Function of Proportionality Analysis in the European Law*. Leiden — Boston: Brill — Nijhoff, 331p.
- Klatt M. (2011) Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 71, pp. 691–718.
- Korkunov N.M. (2010) *General theory of law*. Moscow: Rosspen, 520 p. (in Russian)
- Kosla M. (2011) Proportionality: encroachment on human rights? Answer toTsakirakis. *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 5, pp. 58–66 (in Russian)
- Lapaeva V.V. (2013) Criteria for restricting human and civil rights in the Russian Federation Constitution. *Gosudarstvo i pravo*, no 2, pp. 14–24 (in Russian)
- Lazarev V.V. (2018) Restriction of law by court decision. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6, pp. 5–16 (in Russian)
- Leonov A.V. (2016) The concept, essence and genesis of the principle of proportionality in law. *Yuridicheskaya mys*, no 4, pp. 18–23 (in Russian)
- Lopatnikova E.A., Kucherov I. I. (eds.) (2012) *Implementation of the principles of tax law*. Moscow: Jurisprudence, 160 p. (in Russian)
- Manzhosov S. (2019) Following precedent in the conditions of balancing. *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 6, pp. 61–85 (in Russian)
- Mikhailov A.A. (2016) The principle of proportionality: the essence, practice of application by the ECHR, the Constitutional Court of Russia and the significance for improving the system of evidence in the modern criminal process of Russia. *Ugolovnaya justitcia*, no 1, pp. 56–69 (in Russian)
- Matskevich I.M. (2019) Intellektologiyaprava. Preliminary results of mathematical modeling of the law. *Monitoring pravoprimeneniya*, no 1, pp. 4–15 (in Russian)
- Morozova L.A. (1998) Principles, limits, grounds for restricting human rights and freedoms under Russian legislation and international law: materials of the round table. *Gosudarstvo i pravo*, no 7, pp. 20–42 (in Russian)
- Perju V. (2017) Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure. In: *Forthcoming Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: University Press, 343 p.
- Petersen N. (2017) *Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa*. Cambridge: University Press, 258 p.
- Sasov K.A. (2013) *Tax justice in decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation*. Moscow: Norma, 256 p. (in Russian)
- Shlink B. (2012) Proportionality to the problem of the balance of fundamental rights and public goals. *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 2, pp. 56–76 (in Russian)
- Shustrov D.G. (2013) The hierarchy of constitutional values. *Konstitucionnoe i municipalnoe pravo*, no 6, pp. 6–15 (in Russian)

- Sullivan E., Frase R. (2009) *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*. Oxford: OUP, 284 p.
- Sultanov A.R. (2007) On taxation of income received from the sale of shares. *Nalogovye spory: teoriya i praktika*, no 7, pp. 34–38 (in Russian)
- Timoshina E.V., Belyaev M.A. (eds.) (2016) Legal regulation in a situation of competition of human rights: the concept of “embroidery” of R. Alexy. In: *Legal regulation: efficiency, legitimacy, justice: proceedings of the International Conference*. Voronezh: UNIPRESS, 624 p. (in Russian)
- Timoshina E.V., Krayevsky A.A., Salmin D.N. (2015) Methodology of judicial interpretation: weighing tools in the situation of human rights competition. *Vestnik Peterburgskogo universiteta*, no 3, pp. 4–34 (in Russian)
- Troitskaya A. (2015) Limits of rights and absolute rights: beyond the principle of proportionality? Theory and practice of the Constitutional Court. *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 2, pp. 45–69 (in Russian)
- Tsakirakis S. (a) (2011) Proportionality: encroachment on human rights? *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 2, pp. 47–66 (in Russian)
- Tsakirakis S. (b) (2011) Proportionality: encroachment on human rights? Response to the article by Madhav Kosla. *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 5, pp. 67–70 (in Russian)
- Urbina F. (2017) *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge: University press, 267 p.
- Wintr J. (2016) Alexy hovážící formulí. *Pravnik*, no 5, pp. 446–461.
- Wöhler V. (2018) *Data Protection and Taxpayers' Rights: Challenges Created by Automatic Exchange of Information*. Amsterdam:IBFD, 506 p.

# Преступления, связанные с обращением криптовалют: особенности квалификации

---



**Е.А. Русскевич**

Доцент, кафедра уголовного права Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя, кандидат юридических наук. Адрес: 117997, Российская Федерация, Москва, ул. Академика Волгина, 12. E-mail: russkevich@mail.ru



**И.И. Малыгин**

Консультант, отдел государственной регистрации нормативных правовых актов в социальной и культурной сферах Департамента регистрации ведомственных нормативных правовых актов Министерства юстиции Российской Федерации. Адрес: 119991, Российская Федерация, Москва, Житная ул., д.14. E-mail: aspugpravo@yandex.ru



## **Аннотация**

Процесс проникновения цифровых финансовых активов в повседневную жизнь граждан и деятельность хозяйствующих субъектов, а равно неуклонный рост преступлений, совершаемых с использованием, в отношении и по поводу криптовалют, актуализируют необходимость научного осмысления особенностей их квалификации. Цель исследования состоит в разработке теоретических рекомендаций к преодолению проблем, возникающих в связи с квалификацией такого рода преступлений. Реализация указанной цели достигалась путем изучения позиций по проблеме в отечественной доктрине уголовного права, оценки состояния отечественного уголовного законодательства, выявления проблем в судебной-следственной практике. Исследование основано на применении общенаучных и специальных методов (анализ, синтез, индукция, формально-юридический, абстрактно-логический и др.). Авторы формулируют выводы: во-первых, в современных условиях выделяются следующие основные группы преступлений, сопряженных с использованием в той или иной форме цифровых финансовых активов (криптовалют): преступления, в которых криптовалюта выступает средством их совершения; преступления, в которых криптовалюта выступает предметом посягательства; преступления, совершаемые в целях генерации (майнинга) криптовалюты; Во-вторых, использование лицом криптовалюты не может априорно свидетельствовать, что имела место легализация. Простое распоряжение виртуальной валютой (в целях оплаты товаров или услуг) без намерения придания правомерного вида преступным доходам не содержит признаков состава преступления, предусмотренного ст. 174.1 Уголовного кодекса. В-третьих, как незаконное предпринимательство (ст. 171) следует квалифицировать осуществление лицом деятельности, связанной с обменом криптовалютой на фиатные денежные средства и наоборот, направленной на получение прибыли за счет взимания комиссии по каждой операции. Поскольку лицензирование таких услуг невозможно по действующему законодательству, лицо несет ответственность за незаконное предпринимательство, если оно осуществляло указанную деятельность без

регистрации. В-четвертых, при квалификации посягательств на криптовалюту правоприменительные органы в качестве системной проблемы отмечают отсутствие на территории России органа, уполномоченного дать оценку ее стоимости на конкретную дату.



### **Ключевые слова**

уголовное право, криптовалюта, цифровые финансовые активы, преступления, компьютерная информация, информационная безопасность.

**Для цитирования:** Русскевич Е.А., Малыгин И.И. Преступления связанные с обращением криптовалют: особенности квалификации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 106–125.

УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.106.125

## **Введение**

Квалификация преступлений, совершаемых с использованием криптовалют, в целом основывается на общих руководящих началах (принципах) и правилах уголовно-правовой оценки деяния [Пинкевич Т.В., 2020: 45–48]. В рамках настоящего исследования нет цели рассмотреть каждое из указанных правил в отдельности, осветив множество доктринальных позиций и возможные проблемы правоприменения. Остановимся на вопросах, которые в современных условиях «привыкания» отечественного правоприменителя к новой (криптовалютной) преступности имеют сугубо прикладное значение. Несмотря на наличие известного правового вакуума<sup>1</sup>, следует согласиться с мнением А.Н. Ляскало, что «расширение сферы обращения и повышенный криминальный интерес к использованию криптовалюты все чаще вынуждают правоприменителя признавать ее предметом или средством преступления» [Ляскало А.Н., 2019: 89].

Изучение доктринальных трудов и материалов отечественной судебной следственной практики позволяет выделить следующие основные группы преступлений, сопряженных с использованием в той или иной форме цифровых финансовых активов (криптовалют): преступления, в которых криптовалюта выступает средством их совершения; преступления, в которых

<sup>1</sup> В нашей стране оборот криптовалюты до настоящего времени не урегулирован. В Государственной Думе находится на рассмотрении сразу несколько законопроектов, направленных на решение данной проблемы. Статус криптовалюты оговаривается в предостережении Центробанка России от 27.01.2014 «Об использовании при совершении сделок «виртуальных валют», в письмах ФНС от 03.10.2016 № ОА-18-17/1027 и 13.10.2017 № 03-04-05/66994, информационном письме Федеральной службы по финансовому мониторингу от 06.01.2017 «Об использовании криптовалют», где она определяется как денежный суррогат.

криптовалюта выступает предметом посягательства; преступления, совершаемые в целях генерации (майнинга) криптовалюты.

По меткому замечанию М.И. Немовой, «попытка осмысления возможности применения Уголовного кодекса к преступным посягательствам, совершаемым посредством или в отношении криптовалют, — это попытка помещения динамично развивающихся экономических отношений в прокрустово ложе консервативного по своей сути уголовного закона» [Немова М.И., 2018: 585]. Согласимся с автором — во многом это действительно так. Однако зададимся вопросом — что же остается доктрине в условиях задумавшегося (надолго ли?) над проблемой законодателя? Ответ очевиден: на основе скрупулезного обобщения и анализа отдельных казусов, используя допустимую интерпретационную емкость уголовного закона, готовить рекомендации для правоприменительной практики, которая вынуждена уже сейчас реагировать на новые вызовы и угрозы, связанные с блокчейн-революцией.

Методологический инструментарий исследования включает комплексное сочетание общенаучных и частнонаучных средств познания. Из общенаучных методов научного познания использованы анализ, синтез, дедукция, индукция, классификация, структурно-функциональный и др. Особое значение в методологии исследования отведено системному методу, который выступал исходной посылкой при решении всех поставленных исследовательских задач. Эмпирические методы (анализ документов, печатных и электронных изданий) применены при накоплении и изучении материалов правоприменительной практики в целях выявления проблем совершенствования уголовно-правового противодействия преступлениям, совершаемым с использованием, в отношении и по поводу криптовалют.

## **1. Преступления, в которых криптовалюта выступает средством их совершения**

Первую группу преступлений, с каждым днем получающих все большее распространение, составляют деяния, связанные с оборотом предметов, ограниченных или запрещенных в гражданском обороте, в которых криптовалюта выступает платежным инструментом. К таковым, прежде всего, относятся преступления, связанные с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ, оружия, а также порнографических материалов. Так, по одному из дел суд указал, что подсудимый примерно в январе 2019 г. посредством Интернета заплатил 25 000 руб., переведя указанные денежные средства в неотслеживаемую криптовалюту «Биткоин», перечислил указанные платежные средства на интернет-сайт «Рутор», осуществив заказ оружия. Затем, действуя умышленно и незаконно, приобрел путем подбора «тайника-закладки» в неустановленном месте возле станции метро «Нага-

тинская» в Москве пистолет, который был переделан самодельным способом из сигнального пистолета «МР-371». Также, имея на то преступный умысел, в неустановленное время, но не позднее 7.03. 2019, в неустановленном месте Москвы приобрел боеприпасы: 66 патронов калибра 9 мм. Не имея лицензии на приобретение оружия, его основных частей и боеприпасов, действуя в нарушение Федерального закона № 150-ФЗ «Об оружии» от 13.12.1996, и зная, что установлена уголовная ответственность за незаконный оборот оружия, его основных частей и боеприпасов, он обратил пистолет и патроны в свое противоправное владение, поместив их в своей квартире<sup>2</sup>.

С использованием виртуальной валюты приобретаются также поддельные официальные и важные личные документы. Так, К. был осужден по ч. 3 ст. 327 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ). Согласно приговору суда, К. приобрел поддельное водительское удостоверение на право управления транспортными средствами категории «В» через Интернет. Сумма заказа составила 40 000 рублей. С исполнителем все общение проходило посредством текстовых сообщений. К. оплатил всю сумму путем списания денежных средств с его электронного кошелька. Предварительно данную сумму он перевел в электронную валюту «Биткоин». Также через Интернет он переслал свою фотографию. Через две недели курьерской службой ему домой привезли конверт, в котором находилось водительское удостоверение на имя другого человека (Б.), но с фотографией К.<sup>3</sup>

Следует сделать вывод, что в судебно-следственной практике, как правило, нет трудностей в квалификации таких преступлений. Само по себе использование криптовалюты для приобретения соответствующих предметов не оказывает значимого влияния на оценку содеянного пост. 222, 228, 228.1 УК РФ и др., а относится в большей мере к криминологической и криминалистической характеристике содеянного. Равным образом специалисты сходятся во мнении, что использование цифровых финансовых активов не создает значимых проблем при юридической оценке финансирования преступной деятельности по ст. 205<sup>1</sup>, 208, 282<sup>3</sup>, 359 УК РФ [Бегишев И.Р., Биков И.И., 2020: 74]; [Кунев Д.А., 2018: 60–63]; [Сидоренко Э.Л., 2016: 8–10].

Использование криптовалюты является распространенным средством легализации денежных средств, приобретенных преступным путем. Квалификация транзакций с цифровыми финансовыми активами по ст. 174 и 174.1 УК РФ основывается на позиции, сформулированной в п. 1 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ)

---

<sup>2</sup> Приговор Перовского районного суда Москвы от 17.06.2019 по делу № 01-0603/2019 // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>3</sup> Приговор Сорновского районного суда Нижнего Новгорода от 07.09.2018 по делу № 1-212/2018 // СПС «Консультант-Плюс».

от 07.07.2015 № 32 «О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем». Пленум ВС РФ разъяснил, что исходя из положений ст. 1 Конвенции Совета Европы об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности и о финансировании терроризма (2005) и с учетом Рекомендации 15 ФАТФ предметом преступлений, предусмотренных ст. 174 и 174.1 УК РФ, могут выступать в том числе и денежные средства, преобразованные из виртуальных активов (криптовалюты), приобретенных в результате совершения преступления.

Так, Ш. был осужден за совершение преступлений, предусмотренных п. «а» ч. 3 ст. 228.1, ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 4 ст. 228.1, п. «а» ч. 3 ст. 174.1, ч. 2 ст. 228 УК РФ. Согласно приговору суда, Ш. и неустановленные лица разработали план легализации денежных средств, полученных в результате совершаемых преступлений, — незаконного сбыта наркотических средств неопределенному кругу лиц. Согласно данному плану, Ш. получал денежные средства от неопределенного круга лиц в качестве оплаты приобретаемых наркотических средств на различные номера виртуальных счетов/кошельков системы электронных платежей «Киви». Ш. должен был на обменном сервисе «Локал Биткойнс» в целях придания правомерного вида владению, пользованию и распоряжению указанными денежными средствами систематически и ежедневно совершать сделки купли-продажи виртуальной валюты «Биткойн». После совершения сделки купли-продажи виртуальной валюты, Ш. должен был, используя известную ему учетную запись на обменном сервисе «Локал Биткойнс», переводить приобретенную виртуальную валюту на «Биткойн-кошелек» неустановленным лицам. В свою очередь, неустановленные лица должны были переводить полученную от Ш. виртуальную валюту «Биткойн» на «Биткойн-кошелек», связанный с иной, известной неустановленным лицам и Ш., учетной записью на обменном сервисе «Локал Биткойнс», доступ к ресурсам которой имелся у Ш. Получив от неустановленных лиц на указанный «Биткойн-кошелек» виртуальную валюту, Ш. должен был вновь совершать сделки по ее продаже на указанном обменном сервисе с неопределенным кругом лиц, получая от тех в качестве оплаты за продаваемую виртуальную валюту российские рубли. Впоследствии, снимая денежные средства с различных номеров виртуальных счетов/кошельков системы электронных платежей «Киви» и придавая при этом правомерный вид владению, пользованию и распоряжению указанными денежными средствами, Ш. распорядился ими по своему усмотрению<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Приговор Волжского городского суда от 06.03.2018 по делу № 1-277/2018 // СПС «Консультант-Плюс».

Как нетрудно заметить, совершение транзакций (как правило, не имеющих экономического смысла) с криптовалютой направлено к единственной цели — скрыть реальных выгодоприобретателей того или иного вида преступной деятельности, разорвать прямой финансовый след между ними. Известным свойство отдельных криптовалют (Monero, Black Coin и др.) — их полная анонимность при осуществлении расчетов, ввиду чего установить информацию об отправителе /получателе цифровых финансовых активов невозможно.

Следует, однако, указать, что такие транзакции с криптовалютой сами по себе не «отмывают» их происхождения. В конечном итоге виновный добивается лишь того, чтобы установить связь между капиталом, цифровыми финансовыми активами и конкретной преступной деятельностью было крайне затруднительно. Финансовый след теряется в цепочке сделок с цифровыми финансовыми активами, совершаемыми множеством участников на разных торговых площадках. Такое расширительное понимание легализации (признание таковой любых сделок с денежными средствами либо имуществом, добытыми преступным путем, в целях сокрытия их истинного происхождения) основано на рекомендациях ФАТФ и, пожалуй, является, целесообразным в современных условиях [Ализаде В.А., Волеводз А.Г., 2018: 5–13].

Обращаясь к обсуждаемой проблеме, М.И. Немова делает оговорку, что сама по себе конвертация криптовалюты в национальную или иностранную валюту не означает обязательной цели придания правомерного вида владению, пользованию и распоряжению преступным доходом, если конвертация была совершена в связи с необходимостью расходования полученного имущества на личные нужды. Автор делает акцент на том, что о наличии цели придания правомерного вида преступным доходам свидетельствуют дополнительные транзакции по переводу конвертированных денежных средств на электронные кошельки, дробление сумм, переводы на счета третьих лиц и т.п. [Немова М.И., 2019: 63–68].

Полагаем, что с мнением М.И. Немовой необходимо согласиться — использование криптовалюты не должно априорно свидетельствовать о том, что имела место легализация. При простом распоряжении виртуальной валютой, например, в целях оплаты товаров или услуг без намерения придания правомерного вида преступным доходам говорить о наличии признаков состава преступления, предусмотренного ст. 174.1 УК РФ, нельзя.

В первой группе преступлений следует также выделить посягательства на денежные средства граждан, которые хотя и совершаются без непосредственного использования виртуальной валюты, однако под предлогом совершения операций с нею (обмена, инвестирования и т.д.). В целом указанные деяния образуют признаки общеуголовного мошенничества (ст. 159 УК РФ). При подобных обстоятельствах злоумышленники используют низкую осведомленность граждан, делают упор на сверхдоходность криптовалютно-

го рынка, его свободу от государственного регулирования и налогообложения. Так, О., руководствуясь корыстными побуждениями, провела встречу с жителями города Бийска — партнерами компании «OneCoin». На данной встрече О. с целью введения присутствующих граждан в заблуждение, создавая видимость правомерности своих действий, сообщила заведомо ложные сведения о том, что она желает открыть общий «пул» (личный кабинет) на сайте «www.onelife.eu» компании «One Coin» на сумму 3 100 000 руб. для последующего приобретения криптовалюты по выгодной цене. В ходе данной встречи О. сообщила присутствующим, что для реализации данного бизнес-плана необходимо передать ей по 31 000 руб. (по 1/100 стоимости всего пула) для приобретения криптовалюты «One Coin». При этом О. пояснила, что принесенные с собой на встречу денежные средства необходимо передать непосредственно ей. После чего введенные в заблуждение потерпевшие, не догадываясь о преступных намерениях О., не предполагая обмана с ее стороны, поверив в достоверность слов последней, согласились на данное предложение О. Своими продолжаемыми преступными действиями О. путем обмана и злоупотребления доверием похитила 124 000 руб.<sup>5</sup>

Как мошенничество по ст. 159 УК РФ следует также квалифицировать случаи хищения денежных средств граждан под предлогом привлечения финансирования через ICO (Initial Coin Offering — форма привлечения инвестиций граждан в виде выпуска и продажи инвесторам новых криптовалют/токенов), когда субъекты реально не намеревались осуществлять подобного рода деятельность. Здесь можно привести известный пример из международного опыта. В октябре 2017 г. в газете «Ведомости» была опубликована статья о возбуждении в США уголовного преследования Максима Заславского, который предлагал инвесторам несуществующие токены и криптовалюту, обещая при этом солидные дивиденды от вложений<sup>6</sup>.

В теории уголовного права нет однозначного ответа на вопрос, следует ли квалифицировать как незаконное предпринимательство по ст. 171 УК РФ деятельность субъектов, которые занимаются обменными операциями с криптовалютой и извлекли при этом доход в крупном размере. Одним из главных аргументов против такой юридической оценки является неопределенный статус криптовалюты, который не позволяет говорить о том, что подобного рода деятельность могла быть зарегистрирована в принципе.

---

<sup>5</sup> Постановление Бийского городского суда Алтайского края от 24.01.2018 по делу № 1-88/2018 в отношении О., обвиняемой в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 159 УК РФ (дело прекращено по основаниям, предусмотренным ст. 76 УК РФ) // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>6</sup> В США возбудили первое в истории дело о мошенничестве при ICO. Available at: URL: <https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2017/10/03/736241-ssha-delo-ico> (дата обращения: 04.06.2020)

В свою очередь, Ю.В. Трунцевский и А.Н. Сухаренко отстаивают позицию, согласно которой деятельность по обмену фиатных денег на криптовалюты на территории России соответствует всем признакам незаконного предпринимательства [Трунцевский Ю.В., Сухаренко А.Н., 2019: 45]. Подобный подход нашел отражение и в материалах правоприменительной практики. Так, Д.Е.А., Д.Е.Н. и Е. признаны виновными в совершении преступления, предусмотренного п. «а» ч. 2 ст. 171 УК РФ. Согласно приговору суда, в составе организованной группы как самостоятельно, так и с привлечением неосведомленных о преступном характере их деятельности иных лиц, без регистрации и без лицензии они осуществляли сопряженную с извлечением дохода в крупном размере (свыше 2,6 млн. руб.) предпринимательскую деятельность по оказанию посредством Интернета неопределенному кругу лиц возмездных (в размере не менее 0,5% от суммы поступивших денежных средств) услуг по переводу с использованием платежного сервиса «Visa QIWI Wallet» электронных денежных средств и купле-продаже «титовых знаков» электронных платежных систем расчетов и бирж («Perfect Money», «WebMoney», «Payeer», «BTC-E»).

В апелляционной жалобе адвокат поставил вопрос об отмене приговора в связи с тем, что инкриминированная Д.Е.А. деятельность в принципе не могла быть зарегистрирована в качестве предпринимательской. Гражданское законодательство не содержит понятия криптовалюты. Имеющая существенное значение для квалификации содеянного сумма полученного Д.Е.А. дохода от деятельности обменных сервисов в ходе производства по делу не установлена. Результаты банковских экспертиз относительно суммы полученного дохода носят вероятностный (предположительный) характер, основанный на произвольном предположении следствия о взимании осужденными вознаграждения (теневого комиссионного) в размере 0,5% от поступившей суммы.

Суд, не согласившись с доводами защиты, в решении указал, что деятельность по оказанию через сайты «Freshobmen.ru» и «Cashservise.com» услуг по переводу денежных средств и купле-продаже «титовых знаков» являлась предпринимательской деятельностью, осуществляемой без регистрации. Доводы стороны защиты о том, что инкриминированная осужденным деятельность в принципе не могла быть зарегистрирована в качестве предпринимательской, были оценены судом как несостоятельные, поскольку деятельность «обменного сервиса» фактически сводилась к оказанию услуг по посредничеству в денежно-кредитной сфере, входящих в Общероссийский классификатор продукции по видам экономической деятельности<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Апелляционное определение Костромского областного суда от 18.10.2018 г. по делу № 22-827/2018 // СПС «Консультант-Плюс».

Нельзя не отметить, что первоначально участникам данной преступной группы были предъявлены обвинения по ч. 2 ст. 172 УК РФ, однако в ходе производства по делу их действия переквалифицировали на ст. 171 УК РФ по той причине, что криптовалюта не считается официально признанным в России денежным средством, поэтому операции с ней не могут быть квалифицированы как банковские.

По мнению М.М. Долгиевой, в приведенном примере квалификация по ст. 171 УК РФ является вынужденной в свете отсутствия норм, которые бы предусматривали ответственность за такие действия. Автор также ссылается на то, что услуги по обмену криптовалюты на рубли не являются законными на территории России, соответственно, и регистрация в таком качестве или получение лицензии на оказание таких услуг невозможны по действующему законодательству [Долгиева М.М., 2019: 216].

Полагаем, что ответственность за незаконное предпринимательство в ситуации осуществления деятельности, связанной с обменом криптовалюты на фиатные денежные средства и наоборот, направленной на систематическое получения прибыли за счет взимания комиссии по каждой операции, все-таки возможна. Поскольку получение лицензии на оказание таких услуг невозможно по действующему законодательству, лицо будет нести ответственность за незаконное предпринимательство при условии, если оно осуществляло указанную деятельность без регистрации.

В отечественной науке уголовного права также обсуждается проблема использования криптовалюты для совершения преступлений, связанных с процедурой банкротства (ст. 195, 196, 197 УК РФ). Действительно, в силу известных свойств виртуальные валюты выступают весьма удобным средством для оперативного и надежного вывода активов хозяйствующего субъекта с целью последующего уклонения от исполнения обязательств перед контрагентами. Е.Г. Быкова и А.А. Казаков делают справедливый вывод, что, если вложение денежных средств гражданина в криптовалюту привело к возникновению признаков банкротства, не усматривается препятствий для юридической оценки содеянного по ст. 196 УК РФ при наличии к тому оснований [Быкова Е.Г., Казаков А.А., 2018: 14].

Полагаем, что при квалификации подобных действий традиционно основной проблемой будет выступать установление того обстоятельства, что лицо, совершая соответствующие транзакции, осознавало их заведомо убыточный характер и тем самым стремилось к банкротству. Вряд ли следует оспаривать, что в отдельных случаях поведение лица может быть обусловлено добросовестным стремлением к получению прибыли на волатильности курсов цифровых финансовых активов. В любом случае указанные обстоятельства должны оцениваться в обязательном порядке, в том числе с учетом мнения представителей экспертного сообщества. При этом, на наш взгляд,

непозволительным будет формирование на уровне правоприменения презумпции, согласно которой факт инвестирования в еще не получившие официальный статус криптовалюты является признаком совершения заведомо убыточных, ведущих к банкротству действий.

Проблемой совершенно другого порядка является квалификация действий руководителя организации, совершившего реализацию цифровых финансовых активов (в размере, эквивалентном 2 250 000 руб.) при наличии признаков банкротства. Применение ст. 195 УК РФ в подобной ситуации наталкивается на невозможность установление юридически значимой связи между криптовалютой и конкретным хозяйствующим субъектом. Как справедливо отмечают Е.Г. Быкова и А.А. Казаков, юридическое лицо не может владеть, пользоваться и распоряжаться криптовалютой ввиду отсутствия у последней законодательно закрепленного правового статуса [Быкова Е.Г., Казаков А.А., 2018: 14].

## **2. Преступления, в которых криптовалюта выступает предметом посягательства**

В отечественной теории уголовного права нет однозначной точки зрения относительно вопроса о том, может ли криптовалюта выступать предметом хищения. М.А. Простосердов отстаивает позицию, что криптовалюта, как цифровой информационный продукт, т.е. совокупность уникальных компьютерных данных, объединенных в виртуальный носитель, обладающих всеми признаками товара, собственной стоимостью и принадлежащих на праве собственности другому лицу, может выступать предметом хищения в преступлениях, предусмотренных ст. 159, 159.6 и 160 УК РФ [Простосердов М.А., 2016: 18].

М.М. Долгиева также отмечает, что криптовалюта в силу специфических свойств, ценности и возможности являться предметом гражданского оборота должна быть отнесена к видам иного имущества в рамках ст. 128 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) [Долгиева М.И., 2018: 45]. Эта позиция получает все большую поддержку в отечественной науке уголовного права. Ю.В. Грачева, С.В. Маликов и А.И. Чучаев напрямую указывают, что ст. 128 и 141.1 ГК РФ позволяют криптовалюту относить к имуществу и тем самым снимают проблему квалификации деяний, в которых она выступает предметом преступления [Грачева Ю.В., Маликов С.В., Чучаев А.И., 2020: 207]. В связи с этим нельзя не упомянуть, что в отечественной судебной практике уже создан прецедент, в рамках которого криптовалюта фактически признана иным имуществом.

В своем решении Девятый арбитражный апелляционный суд выразил позицию, что «согласно ст. 128 ГК РФ к объектам гражданских прав относят-

ся вещи, включая наличные деньги и документарные ценные бумаги, иное имущество, в том числе безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, имущественные права; результаты работ и оказание услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага. В силу диспозитивности норм гражданского права в ГК РФ отсутствует закрытый перечень объектов гражданских прав. Поскольку... действующее гражданское законодательство не содержит понятия «иное имущество», упомянутое в статье 128 ГК РФ, с учетом современных экономических реалий и уровня развития информационных технологий допустимо максимально широкое его толкование»<sup>8</sup>.

В свою очередь Э.Л. Сидоренко отмечает, что из-за отсутствия легальной дефиниции криптовалюты в российском законодательстве ее нельзя признать объектом гражданских прав и, следовательно, любые формы ее присвоения априори не могут быть признаны хищением, поскольку криптовалюта не обладает свойственными для предмета хищения определенными экономическими и материальными параметрами [Сидоренко Э.Л., 2017: 147].

Изучение судебно-следственной практики позволяет сделать вывод, что функционирование криптовалютных площадок, к сожалению, сопряжено с деятельностью лиц, которые, используя свои знания в области информационных технологий, осуществляют действия, направленные на изъятие цифровых финансовых активов пользователей. Одной из распространенных преступных схем является завладение криптовалютой пользователей под предлогом ее обмена на российские рубли или иную валюту. Так, суд согласился с квалификацией действий виновного по ч. 2 ст. 159 УК РФ, который из корыстных побуждений с целью хищения чужого имущества путем обмана и злоупотребления доверием под никнеймом «polya2218» на сайте «www.LocalBitcoins.com» вступил в переписку с потерпевшим, в ходе которой договорился о покупке у данного пользователя криптовалюты в размере 0.03875392 «BTC-e», заранее не намереваясь выполнять обязательства по ее оплате. В ходе переписки потерпевший оценил данную сделку на сумму 20 000 руб. Продолжая реализовывать преступный умысел, направленный на хищение чужого имущества путем обмана и злоупотребления доверием, не намереваясь выполнять обязательства по оплате криптовалюты, злоумышленник отправил потерпевшему смс-сообщение, полностью повторяющее по своему содержанию смс-сообщение от сервиса «Мобильный банк». Будучи введенным в заблуждение, полагая, что смс-сообщение получено от сервиса «Мобильный банк», потерпевший подумал, что виновный свои обязательства

---

<sup>8</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда Москвы от 15.05.2018 № 09АП-16416/2018 по делу № А40-124668/2017 // СПС «Консультант-Плюс».

по оплате криптовалюты исполнил и перевел на биткоин-кошелек под никнеймом «polya2218» на сайте «www.LocalBitcoins.com» криптовалюту на сумму 0,03875392 «BTC-e» стоимостью 20 000 руб.<sup>9</sup>

Следует отметить, что такие действия довольно часто сопряжены с неправомерным доступом к охраняемой законом компьютерной информации, а именно — к личным кабинетам других пользователей. Так, например, Ш. и О. были осуждены по ч. 3 ст. 159 и ч. 3 ст. 272 УК РФ. Согласно приговору суда, указанные лица вступили в предварительный сговор с целью хищения чужого имущества («BTC-e» кодов) посредством сети «Интернет» путем незаконного получения доступа к учетным записям пользователей и под предлогом обмена «BTC-e» кодов. Продолжая совместные преступные действия, Ш. и О. осуществили неправомерный доступ к учетным записям пользователей «wmalliance» и «Djin37», после чего изменили их учетную информацию, добавив свой уникальный идентификационный номер для общения в реальном времени, а также от имени пользователей «wmalliance» и «Djin37» создали тему «Вывод BTC-e / Биткоинов. +7%» и положительные комментарии к ней от имени других неустановленных пользователей сайта.

После этого Ш. и О., имея умысел на хищение у ранее незнакомого лица, использующего программу «ICQ» и имя «Gambit», ввели его в заблуждение, пообещав ему обменять «BTC-e» код на российские рубли, чего заведомо не намеревались делать. Потерпевший, будучи введенным в заблуждение относительно преступных намерений Ш. и О., используя свою учетную запись «ser198», с целью обмена принадлежащего ему «BTC-e» кода на 10 000 долл. США на российские рубли в личном сообщении передал пользователю «wmalliance» (доступ к которому имели Ш. и О.) «BTC-e» код на 10 000 долл. США. Рыночная стоимость кода по состоянию на дату отправки сообщения, согласно заключению эксперта, составляла 821 100 руб. Далее Ш. и О. зачислили полученный BTC-e код, принадлежащий потерпевшему, на счет своей учетной записи, тем самым похитили его и в дальнейшем распорядились им по своему усмотрению<sup>10</sup>.

Тайное хищение цифровых финансовых активов, как правило, сопряжено с неправомерным доступом к личному кабинету клиента торговой площадки. Пытаясь получить неправомерный доступ к аккаунту клиента, злоумышленники предварительно взламывают электронную почту потерпевшего. Нельзя не отметить, что в правоприменительной практике такие действия довольно часто получают неполную квалификацию. Следственные органы, возбуждая уголовные дела по ст. 158 УК РФ, оставляют без внимания, что на

<sup>9</sup> Приговор Октябрьского районного суда Тамбова от 15.02.2019 по делу № 1-134/19 // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>10</sup> Приговор Сургутского городского суда Ханты-Мансийского автономного округа от 13.11.2017 г. по делу № 1-762/2017 // СПС «Консультант-Плюс».

стадии приготовления к совершению хищения злоумышленник совершил самостоятельное преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 272 УК РФ.

Посягательства на цифровые финансовые активы могут носить и открытый характер. В зависимости от фактических обстоятельств содеянного (прежде всего характера насилия к потерпевшему) противоправное изъятие криптовалюты может быть квалифицировано как грабеж или разбой.

Требования о передаче цифровых финансовых активов, соединенные с угрозой применения насилия к потерпевшему, уничтожения или повреждения его имущества, а равно под угрозой распространения сведений, позорящих потерпевшего или его близких, образуют признаки вымогательства.

Правоприменительные органы в качестве системной проблемы, возникающей при расследовании подобной категории дел, отмечают отсутствие на территории России органа, уполномоченного дать оценку стоимости криптовалюты на конкретную дату. В настоящее время при расследовании уголовных дел установление размера причиненного ущерба потерпевшему основывается либо на заключении специалиста, либо посредством получения информации о курсе криптовалюты на время совершения преступления непосредственно через данные торговой площадки (криптобиржи).

### **3. Преступления, совершаемые в целях генезиса (майнинга) криптовалюты**

Последнюю группу составляют преступные посягательства, которые совершаются в целях генерации (майнинга) криптовалюты. Анализ современной правоприменительной практики показывает, что к таковым относятся все посягательства, ответственность за которые предусмотрена главой 28 УК РФ «Преступления в сфере компьютерной информации». Прежде всего, следует выделить неправомерный доступ к охраняемой законом компьютерной информации (ст. 272 УК РФ). Так, Б. признан виновным в неправомерном доступе к охраняемой законом компьютерной информации, содержащейся в административной части сайта «regionorel.ru» ГУП ОО «Орловский издательский дом». Незаконный доступ повлек ее модификацию путем внедрения кода скрипта с индивидуальным ключом для получения криптовалюты «Monero» в личное пользование, а также уничтожение компьютерной информации, содержащей сведения обо всех посещениях сайта пользователями и изменениях компьютерной информации сайта (журналы истории посещений и истории команд) объемом 45 Гб, совершенных из корыстной заинтересованности.

Согласно решению суда, Б. состоял в трудовых отношениях с указанным ГУП ОО в должности ведущего специалиста и разработал сайт, который к 2012 г. обрел свой вид и был размещен на домене «epressa.su» на сервере, расположенном в редакции газеты «Орловская правда». В 2014 г. редакция при-

няла решение о переименовании сайта и смены доменного имени, и вместо «erpressa.su» был приобретен домен «regionorel.ru». В июне 2015 г. Б. уволился, после чего никакого отношения к сайту «regionorel.ru» не имел.

Прекратив трудовые отношения с «Орловским издательским домом» с 17.06.2015, перестав иметь законные основания на доступ к серверу и к административной части сайта «regionorel.ru», Б. со своего рабочего компьютера осуществил неправомерный доступ к информации, содержащейся на административной части сайта «regionorel.ru», владельцем которого является «Орловский издательский дом», путем создания новой учетной записи с правами администратора на любые изменения, регистрации нового пользователя сайта и введения кода скрипта с индивидуальным ключом для получения криптовалюты «Монего» в личное пользование.

Сторона защиты, не согласившись с решением суда первой инстанции в апелляции указывала, что файлы, в которые вносились изменения, являлись общедоступными, автором сайта «regionorel.ru» является Б., а «Орловскому издательскому дому» принадлежит только адрес. Сторона защиты не согласилась также с вменением квалифицирующего признака «корыстная заинтересованность», поскольку доказательства возможности получения денежных средств из криптовалюты, их ценность и возможность конвертации обвинением не были предъявлены.

Хотя контент сайта не был приведен в непригодное состояние, суд апелляционной инстанции также признал, что это само по себе не влияет на квалификацию действий осужденного, поскольку приведенными доказательствами достоверно установлено, что скрипт, внедренный Б. в тело файлов «header.php» и «footer.php», модифицировал сайт «regionorel.ru» в целях получения криптовалюты «Монего» в его личное пользование путем использования вычислительных ресурсов неограниченного круга посетителей пользовательской части сайта «regionorel.ru».

Наличие в действиях Б. квалифицирующего признака «корыстная заинтересованность» суд счел установленным, сославшись на то, что в личном кабинете Б. на сайте «Coinhive» имеется информация о том, что сайт, используемый для майнинга — это «regionorel.ru», а сумма «монет», заработанная за весь период, составила 0,03225 XMR. Доводы защиты о необходимости доказательств получения денежных средств из криптовалюты суд посчитал необоснованными, поскольку «сведения о криптовалютах как о платежных средствах в Интернете, являются общеизвестными и общедоступными, содержащимися в Интернете, где также приводятся и их списки, и курс<sup>11</sup>.

Использование вредоносных компьютерных программ (ст. 273 УК РФ), как правило, осуществляется лицами для обеспечения неправомерного до-

---

<sup>11</sup> Апелляционное постановление Орловского областного суда от 23.08.2019 по делу № 22-1120/2019 // СПС «Консультант-Плюс».

ступа к вычислительным ресурсам потерпевших и последующего майнинга криптовалюты.

Так, согласно приговору суда, у Ш. возник преступный умысел, направленный на использование из корыстных побуждений аппаратной мощности серверов различных организаций, расположенных на территории России, для генерации криптовалюты (майнинга) путем установки на него своего программного обеспечения и получения таким способом денежных средств. В период с 28.11.2017 по 9.01.2018 Ш., получив с помощью компьютерной программы IP-адрес сервера с открытым портом, принадлежащего местной муниципальной организации, Ш. с целью реализации своего преступного умысла, находясь по месту своего жительства, умышленно, из корыстной заинтересованности ввел IP-адрес организации во вредоносную компьютерную программу и с помощью своего персонального компьютера, подключенного к Интернету, запустил ее, тем самым предприняв попытку получить удаленный доступ к интернет-ресурсам организации, размещенным на сервере. Через некоторое время вредоносная компьютерная программа подобрала логин и пароль к серверу организации. После этого Ш. с помощью незаконно полученных логина и пароля осуществил доступ к серверу и установил на нем свое программное обеспечение (не являющееся вредоносным) для генерации криптовалюты (процесса майнинга)<sup>12</sup>.

В приведенном примере квалификация содеянного только по ст. 273 УК РФ, на наш взгляд, является неверной. Исходя из фабулы дела, виновный не только подобрал сетевые идентификаторы к серверу, но и установил программное обеспечение для майнинга криптовалюты, что позволяет утверждать о модификации компьютерной информации. Таким образом, полная юридическая оценка содеянного должна была также включать квалификацию самого неправомерного доступа к серверу с последующей модификацией информации по ст. 272 УК РФ.

По ст. 274 УК РФ как преступное нарушение правил эксплуатации средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации и информационно-телекоммуникационных сетей следует оценивать действия работников организации, использовавших ее вычислительные мощности для вычисления (майнинга) криптовалюты. Подобный подход нашел отражение и в правоприменительной практике. Так, Б. был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 274 УК РФ. Согласно приговору суда, Б., заведомо зная о действующих в ФГУП «РФЯЦ-ВНИИЭФ» запретах на подключение служебной вычислительной сети к Интернету, а также на использование на автоматизированных рабочих местах программ-

---

<sup>12</sup> Приговор Курганского городского суда Курганской области от 29.11.2018 по делу № 1-1186/18 // СПС «Консультант-Плюс».

ного обеспечения, не разрешенного к применению соответствующей комиссией Института, умышленно, из корыстной заинтересованности, под непосредственным контролем со стороны других соучастников путем соединения предоставленных вычислительных систем (серверов) осуществил сборку вычислителя, необходимого для майнинга криптовалюты. Для соединения собранного вычислителя с Интернетом Б. подключил к нему GSM-модем, после чего, по согласованию с другими соучастниками и под их контролем, загрузил из Интернета программное обеспечение, предназначенное для майнинга криптовалюты, а также программное обеспечение «eth-proxu», предназначенное для получения через Интернет задач на вычисление (майнинг) криптовалюты, сбора результатов вычислений и их отправки в Интернет на «Pool» (сервер, который связан со всеми участниками майнинга криптовалют). После этого Б., находясь в здании Института, в течение нескольких недель преимущественно в ночное время запускал процесс майнинга криптовалют.

Указанные действия Б. привели к нарушению условий действия аттестата соответствия на объект информатизации. Это, в свою очередь, обусловило необходимость внеочередной повторной аттестации служебной локальной вычислительной сети научно-исследовательского института, стоимость которой составила 1 140 157 руб. 10 коп. Таким образом, нарушение правил эксплуатации средств хранения, обработки и передачи охраняемой компьютерной информации, совершенное Б., повлекло причинение ФГУП «РФЯЦ-ВНИИЭФ» крупного материального ущерба, составляющего 1 140 157 руб. 10 коп.<sup>13</sup>

Важно отметить, что если действия, связанные с майнингом криптовалюты, были сопряжены с нарушением правил доступа и (или) эксплуатации категоризированных информационных ресурсов (в соответствии с Федеральным законом от 26.07.2017 №187-ФЗ «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации»), содеянное необходимо квалифицировать по ч. 3 ст. 274.1 УК РФ.

## **Заключение**

В современном мире криптовалюта приобретает все более широкое распространение. Судя по всему, это необратимый процесс. Привлекательность и, как следствие, нарастающая популярность данного финансового инструмента XXI века легко объяснима — криптовалюты удобны в использовании, транзакции очень хорошо защищены, а сведения о них обеспечены высоким уровнем анонимности, прежде всего, с точки зрения контроля со стороны государства. Последний аспект, однако, бросает весьма негативную тень на

---

<sup>13</sup> Приговор Саровского городского суда Нижегородской области от 17.09.2019 по делу № 1-149/2019 // СПС «Консультант-Плюс».

криптовалюты. Складывается представление (и небезосновательное), что этот финансовый инструмент есть всего лишь свидетельство кризиса мировой финансовой системы, кризиса доверия между государством и обществом, и подтверждение нарастающего влияния криминала на современную экономику.

Для правоохранительных органов криптовалюты ознаменовали принципиально новый этап в борьбе с преступностью. С одной стороны, криптовалюты стали активно использоваться в гражданском обороте законопослушными гражданами и хозяйствующими субъектами, в том числе как инструмент хранения капитала, что поставило задачу их надлежащей правовой защиты. С другой — децентрализованный характер и анонимность криптовалют изменили механизм совершения многих традиционных преступлений, раскрытие и расследование которых стало чрезвычайно трудно разрешимой задачей.

Уже сейчас можно констатировать, что правоохранительные органы смогли преодолеть многие из трудностей противодействия криптовалютной преступности. Нарбатываются новые методики и тактики, во взаимодействии практических органов и научных коллективов подготовлены рекомендации. Вместе с тем вряд ли можно с полной уверенностью утверждать, что проблем не осталось вовсе.

Развитие и внедрение блокчейн-технологий связаны с высоким уровнем неопределенности. Равным образом этот вывод можно распространить на будущее виртуальных валют. Это означает, что мы не имеем четкого понимания, как будет трансформироваться новая (криптовалютная) преступность. Однако трудность процесса цифровизации уголовно-правовой сферы предполагает повышенную ответственность научного сообщества, которое должно обеспечить надлежащий уровень осмысления формирующихся тенденций. Предпринятая в настоящей статье попытка обобщить и проанализировать особенности правоприменения в части квалификации вышерассмотренных преступлений, конечно, не претендует на абсолютность, носит субъективно-несовершенный, а, значит, и незавершенный характер. Вместе с тем не вызывает сомнений, что совместные усилия экспертного сообщества в сфере высоких технологий и юристов в ближайшей перспективе внесут определенность в понимание правового статуса криптовалюты, следовательно, и правовой оценки действий, совершаемых с нею.



### **Библиография**

Ализаде В.А., Волеводз А.Г. Неприменение ст. 174.1 УК РФ по делам о наркопреступлениях, совершенных с использованием криптовалюты, как следствие непонимания сущности легализации (отмывания) нового вида преступных активов // Наркоконтроль. 2018. N 1. С. 5–13.

Бегишев И.Р., Бикеев И.И. Преступления в сфере обращения цифровой информации. Казань: Познание, 2020. 300 с.

Быкова Е.Г., Казаков А.А. Проблемы квалификации криминальных банкротств с использованием криптовалюты // Уголовное право. 2018. N 6. С. 10–15.

Грачева Ю.В., Маликов С.В., Чучаев А.И. Предупреждение девиаций в цифровом мире уголовно-правовыми средствами // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. N 1. С. 188–210.

Долгиева М.М. Противодействие легализации преступных доходов при использовании криптовалюты // Вестник Томского государственного университета. 2019. N 4. С. 213–218.

Долгиева М.М. Конфискация криптовалюты // Законность. 2018. N 11. С. 45–49.

Кунев Д.А. Современные угрозы использования криптовалют в преступных целях // Финансовая безопасность. 2018. N 20. С. 60–63.

Ляскало А.Н. Криптовалюта как предмет и средство преступления / Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы XVI Международной конференции. М.: РГ-Пресс, 2019. С. 87–92.

Немова М.И. Уголовный закон и криптовалюта: вызовы и перспективы / Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы XV Международной конференции. С. 585–587.

Немова М.И. Использование криптовалюты при легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества: приобретенных преступным путем: анализ судебной практики // Уголовное право. 2019. N 4. С. 63–68.

Пинкевич Т.В. Проблемы уголовно-правового противодействия преступной деятельности с использованием криптовалют // Юрист-Правоведъ. 2020. № 4. С. 45–48.

Простосердов М.А. Экономические преступления, совершаемые в киберпространстве, и меры противодействия им: Автореф. дис. ...к. ю. н. М., 2016. 28 с.

Сидоренко Э.Л. Криминальное использование криптовалюты: международные оценки // Международное уголовное правосудие и международная юстиция. 2016. N 6. С. 8–10;

Сидоренко Э.Л. Криминологические риски оборота криптовалюты // Экономика. Налоги. Право. 2017. N 6. С. 147–154.

Трунцевский Ю.В., Сухаренко А.Н. Противодействие использованию криптовалюты в незаконных целях: состояние и перспективы // Международное публичное и частное право. 2019. N 1. С. 43–47.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 3**

### **Crimes Related to Cryptocurrencies: Features of Qualification**



**Evgeny Russkevich**

Associate Professor, Department of criminal law, Moscow University of the Ministry of Internal Affairs, Candidate of Juridical Sciences. Address: 12 Academic Volgin St., Moscow 117997, Russian Federation. E-mail: russkevich@mail.ru



## Ivan Malygin

Consultant, Department of regulatory acts registration in the social and cultural spheres, Ministry of Justice. Address: 14 Zhitnaya St., Moscow 119991, Russian Federation. E-mail: aspugpravo@yandex.ru



## Abstract

Process of penetration of digital financial assets into the daily lives of citizens and the activities of business entities, as well as the steady increase in crimes committed using, with respect to and about cryptocurrencies, actualizes the need for a scientific understanding of the features and problems of their qualifications. The purpose of the study is to develop theoretical recommendations to overcome the problems that arise in connection with the qualification of crimes committed using, in relation to and about cryptocurrencies. The implementation of this goal was achieved by examining the existing positions on the problem in the domestic doctrine of criminal law, assessing the state of domestic criminal legislation, identifying problems in judicial investigative practice. The study is based on the application of general and special methods of research (analysis, synthesis, induction, formal legal, abstract logical, etc.). Based on the study, the author formulates the following conclusions: in modern conditions the following main groups of crimes associated with the use of digital financial assets (cryptocurrencies) in one form or another can be distinguished: a) crimes in which cryptocurrency acts as a means of committing them; crimes in which cryptocurrency acts as an object of encroachment; crimes committed for the purpose of generating (mining) cryptocurrency; the use by a person of cryptocurrency cannot a priori indicate that legalization has taken place. A simple disposal of virtual currency (in order to pay for goods or services) without the intention of giving a legitimate form to criminal proceeds does not contain signs of corpus delicti provided for in Art. 174.1 of the Criminal Code; as an illegal business (Article 171 of the Criminal Code of the Russian Federation), one should qualify a person to carry out activities related to the exchange of cryptocurrency for fiat money and vice versa, aimed at making profit by charging a commission for each operation. Considering that obtaining a license to provide such services is not possible under applicable law, a person will be liable for illegal business, provided that he carried out the specified activity without registration; when qualifying encroachments on cryptocurrency, law enforcement authorities as a systemic problem note the absence in the territory of Russia of a body authorized to assess its value on a specific date. Currently, in the investigation of criminal cases, the determination of the amount of damage caused to the victim is based either on the expert's opinion or by obtaining information about the cryptocurrency rate at the time the crime was committed.



## Keywords

criminal law; cryptocurrency; crimes; digital financial assets; computer information; information security.

**For citation:** Ruskevich E.A., Malygin I.I. (2021) Crimes Related to Cryptocurrencies: Features of Qualification. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 106–125 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.106.125



## References

Alizade V.A., Volevodz A.G. (2018) Non-application of Art. 174.1 of the Criminal Code of the Russian Federation on drug-related crimes committed using cryptocurrency. *Narkokontrol'*, no 1, pp. 5–13 (in Russian)

- Begishev I.R., Bikeev I.I. (2020) *The crimes in the digital information field*. Kazan: Posnanie publishers, 300 p. (in Russian)
- Bykova E.G., Kazakov A.A. (2018) Qualification problems of criminal bankruptcies using cryptocurrency. *Ugolovnoe pravo*, no 6, pp. 10–15 (in Russian)
- Dolgieva M.M. (2019) Countering the legalization of criminal proceeds when using cryptocurrency. *Vestnik Tomskogo universiteta*, no 4, pp. 213–218 (in Russian)
- Dolgieva M.M. (2018) Confiscation of cryptocurrency. *Zakonnost'*, no 11, pp. 45–49 (in Russian)
- Gracheva Y.V., Malikov S.V., Chuchayev A.I. (2020) Prevention Deviations in the Digital World by Criminal Law Means. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 188–210 (in Russian)
- Kuney D.A. (2018) Modern threats of using cryptocurrencies for criminal purposes. *Finansovaya bezopasnost'*, no 20, pp. 60–63 (in Russian)
- Lyaskalo A.N. (2019) Cryptocurrency as an object and means of crime. *Ugolovnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke: materialy Mezhdunarodnoj konferencii*. Moscow: RG-Press, pp. 87–92 (in Russian)
- Nemova M.I. (2018) Criminal law and cryptocurrency: challenges and prospects. *Ugolovnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke: materialy Mezhdunarodnoj konferencii*. Moskva: RG-Press, pp. 585–587 (in Russian)
- Nemova M.I. (2019) The use of cryptocurrency in the legalization (laundering) of money or other property: acquired by criminal means: analysis of judicial practice. *Ugolovnoe pravo*, no 4, pp. 63–68 (in Russian)
- Pinkevich T.V. (2020) On legal counteraction to cryptocurrencies criminality. *Jurist-pravoved*, no 4, pp. 45–48 (in Russian)
- Prostoserdiv M.A. (2016) Economic crimes committed in cyberspace and countermeasures against them. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 28 p. (in Russian)
- Sidorenko E.L. (2016) The criminal use of cryptocurrencies: international assessments. *Mezhdunarodnoe ugolovnoe pravosudie i mezhdunarodnaya justitsiya*, no 6, pp. 8–10 (in Russian)
- Sidorenko E.L. (2017) Criminological risks of cryptocurrency turnover. *Ekonomika. Na-logi. Pravo*, no 6, pp. 147–154 (in Russian)
- Truncevskij Yu.V., Suharenko A.N. (2019) Countering the use of cryptocurrency for illegal purposes: state and prospects. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 1, pp. 43–47 (in Russian)

# Модели правового регулирования смарт-контракта: общее и особенное

---

---



**Е.В. Зайнутдинова**

Старший преподаватель, кафедра предпринимательского права, гражданского и арбитражного процесса Новосибирского государственного национального исследовательского университета. Адрес: 630090, Российская Федерация, Новосибирск, ул. Пирогова, 1. E-mail: zainutdinovaev@gmail.com

---



## **Аннотация**

Институт смарт-контракта постепенно начинает отражаться в правовых системах различных зарубежных правовых порядков. В рамках настоящего исследования выделяются следующие модели правового регулирования смарт-контракта: технико-ориентированная (смарт-контракт как компьютерная программа); сделко-ориентированная (смарт-контракт как договор, условие договора); смешанная модель (смарт-контракт одновременно как компьютерная программа и как договор). Акты о смарт-контрактах принимаются на национальном или внутринациональном уровне в форме поправок к действующим законам о договорах, электронной торговле, информационных технологиях или в форме отдельного акта, регулирующего также вопросы применения технологии блокчейн (распределенного реестра), выпуска и обращения токенов и криптовалюты. При использовании технико-ориентированной модели остаются нерешенными такие правовые вопросы, как заключение и толкование смарт-контракта, возможность признания смарт-контракта действительным, его изменение и расторжение, применение мер защиты и ответственности, определение применимого права и компетентного органа, рассматривающего спор из смарт-контракта. Сделко-ориентированная и смешанная модели (с учетом недостатков смешанной модели ввиду путаницы между смарт-контрактом как компьютерной программой и как договора) являются более жизнеспособными, так как прежде всего определяют особенности заключения и исполнения смарт-контрактов в договорном праве для их использования. В то же время следует и более явно обозначать новый способ исполнения обязательств — автоматизированное, которое присуще именно смарт-контракту как разновидности договора (договорной конструкции) в форме программного кода, заключаемой и исполняемой в особой информационной системе (децентрализованной распределенной информационной системе). Общими тенденциями правового регулирования смарт-контракта выступают: специальная техническая терминология, уже устоявшаяся в практическом использовании, указание на заключение или исполнение смарт-контракта (даже при признании его в качестве компьютерной программы), создание равных, недискриминационных условий использования смарт-контрактов в обороте по сравнению с договорами в письменной форме и другими средствами доказывания.

---



## **Ключевые слова**

смарт-контракт, автоматизированное исполнение обязательств, блокчейн, распределенный реестр, токен, криптовалюта, цифровые права.

---

---

**Для цитирования:** Зайнутдинова Е.В. Модели правового регулирования смарт-контракта: общее и особенное // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 126–147.

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

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.126.147

## **Введение**

Для выбора верного пути правового регулирования смарт-контракта необходимо исследование зарубежного опыта правового регулирования, сложившихся моделей правового регулирования смарт-контракта в совокупности с правоприменительной практикой и доктриной. Российский законодатель до настоящего времени не определился с дефиницией смарт-контракта в отечественном праве. Появившаяся в ст. 309 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)<sup>1</sup> норма об исполнении обязательств без направленного на исполнение обязательства отдельно выраженного дополнительного волеизъявления не описывает смарт-контракт, а также исполнение обязательств из смарт-контракта (которое осуществляется автоматизировано), несмотря на ее цель урегулировать изменения, возникающие в праве в связи с применением смарт-контрактов. В доктрине вопрос о правовой природе смарт-контракта (как компьютерной программы, компьютерного кода, договора, способа исполнения обязательств или способа обеспечения исполнения обязательств) остается дискуссионным [Белых В.С., Болобонова М.О., 2019: 42]; [Федоров Д.В., 2018: 31–32]; [Fairfield J., 2014: 38]; [Künnapas K., 2016: 126]; [Szczerbowski J., 2017: 333]. Анализ зарубежного опыта позволит определить место, которое должен занять институт смарт-контракта в российском праве, и правовые средства, которые могут быть к нему применены.

### **1. Правовое регулирование смарт-контракта на международном уровне и подходы национального законодателя**

Нормативно-правовое регулирование смарт-контракта находится в стадии становления. На международном уровне актов, посвященных непосредственно смарт-контракту, нет. В то же время в актах ЮНСИТРАЛ

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 28.06.2021, с изм. от 08.07.2021) // Российская газета. 1994. 8 декабря.

прослеживается тенденция к закреплению принципа недискриминации электронной формы записи — электронная передаваемая запись не может быть лишена юридической силы, действительности или исковой силы на том основании, что она составлена в электронной форме<sup>2</sup>. Такую же тенденцию можно заметить и в правовой системе США. Аналогичная норма может быть применена и к смарт-контрактам, несмотря на отсутствие их специальной регламентации.

Кроме того, анализ Принципов международных коммерческих контрактов УНИДРУА в ред. 2016 г. (далее — Принципы УНИДРУА)<sup>3</sup> позволяет сделать вывод, что в случае автоматизации заключения (в случае смарт-контракта — автоматизации исполнения обязательств) согласие сторон на автоматизацию позволяет избежать непосредственного участия сторон в заключении (или исполнении) обязательств. Так, в п. 3 Комментариев к данному положению Принципов УНИДРУА указывается, что допускается автоматизированное заключение договоров, в случае которого стороны соглашаются использовать систему, способную на самоисполняемые электронные действия, следствием чего является заключение договора без вмешательства человека<sup>4</sup>. Таким образом, на международном уровне существуют правовые акты, из которых косвенно можно сделать вывод о признании электронной формы сделки и о возможной автоматизации заключения и исполнения договоров, т.е. о юридическом признании смарт-контракта как договора.

Стоит заметить, что примером самоисполняемых электронных действий может служить ситуация, в которой производитель автомобилей и поставщик деталей договорились использовать систему электронного обмена данными так, что при уменьшении количества деталей у производителя до определенного уровня система автоматически генерирует заказы на детали, и эти заказы исполняются поставщиком. Как указывается в Принципах УНИДРУА 2016<sup>5</sup>, факт соглашения между сторонами об использовании такой системы отменяет необходимость непосредственного вмешательства сторон в процесс исполнения договора.

Однако данное положение Принципов не закрепляет смарт-контракт. Действительно, смарт-контракт заключается на условиях, выраженных сторонами, стороны могут сформулировать такие условия заранее и сформировать периодичность заключения и исполнения смарт-контрактов между

---

<sup>2</sup> Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных передаваемых записях. Комиссия ООН по праву международной торговли. Нью-Йорк, 2017. С. 5, 7, 8.

<sup>3</sup> *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016*. Rome: UNIDROIT International Institute for the Unification of Private, 2016. P. 34.

<sup>4</sup> *Ibid.* P. 35.

<sup>5</sup> *Ibid.*

ними. То, что отличает смарт-контракт от описанного выше заключения договоров, состоит в том, что смарт-контракт позволяет еще и автоматизировать исполнение договорных обязательств путем гарантированности такого исполнения в децентрализованной распределенной информационной системе (например, в блокчейне). По нашему мнению, в рассматриваемом выше случае договорных отношений между производителем автомобилей и поставщиком деталей нет гарантии, что на момент исполнения договора детали будут иметься у поставщика. В то же время смарт-контракты позволяют гарантировать, что для исполнения обязательства обе стороны предоставят то, что составляет предмет исполнения обязательства.

Иными словами, практически нет возможности нарушить исполнение обязательства из смарт-контракта, поскольку условия смарт-контракта прописываются определенным образом в форме программного кода, что отмечается в зарубежной литературе [Künnapas K., 2016: 126]. Исполнение условий смарт-контракта гарантируется с помощью автоматизированного исполнения обязательств. Исходя из этого, мы можем заключить, что на международном уровне не было принято актов, которые бы описали особенности исполнения смарт-контрактов. Следует заметить, что закрепление особенностей исполнения смарт-контрактов может быть следующим этапом развития международных актов, регулирующих коммерческий оборот.

В доктринальных источниках можно выделить национальные модели правового регулирования смарт-контракта. Так, В.К. Шайдуллина выделяет подходы (модели): принятие новых нормативных правовых актов, включая законы о внесении изменений в действующее законодательство (например, Мексика, Беларусь, Австралия, Эстония); осуществление регуляторами разъяснений по применению действующего законодательства (например, Сингапур, Германия, США) [Шайдуллина В.К., 2019: 22].

Возможны и иные классификации. Так, А.А. Волос указывает следующие модели: прямое установление смарт-контракта в гражданском законодательстве (некоторые штаты США, Италия), т.е. прямое регулирование; применение к смарт-контракту норм схожих правовых институтов (например, законы об электронных транзакциях Австралии и Новой Зеландии, законодательство Индии), т.е. косвенное регулирование [Волос А.А., 2020: 24, 25].

Аналогичную позицию разделяют Л.Г. Ефимова, И.Е. Михеева, Д.В. Чуб, указывая модели правового регулирования: создание специального законодательства о договорных отношениях и киберпространстве, в частности, о смарт-контрактах (отдельные штаты США, Италия, Беларусь); применение к смарт-контракту общих положений договорного права (Франция и некоторые другие страны Европы) [Ефимова Л.Г., Михеева И.Е., Чуб Д.В., 2020: 91].

Н.Б. Крысенкова похожим образом выделяет модели правового регулирования смарт-контракта: принятие самостоятельного нормативного право-

вого акта, который регулировал бы данную сферу правоотношений; внесение изменений в действующее законодательство об электронной торговле, о договорах, об информационных технологиях [Крысенкова Н.Б., 2019: 29, 30].

В то же время трудно признать наличие правового регулирования смарт-контракта в случае применения к нему действующих или аналогичных норм. Закрепление возможности заключать договоры электронным образом не позволяет отразить особенности смарт-контракта, поскольку они связаны не с электронной формой, а с исполнением. Соответственно нельзя признать, что смарт-контракт является формой заключения договора, не отрицая при этом, что смарт-контракт заключается в письменной форме (в форме программного кода как разновидности письменной формы договора). При этом не столь важно, закрепляются ли положения, касающиеся смарт-контракта, в отдельном правовом акте или в поправках к действующему законодательству.

Кроме вышеперечисленных моделей в доктрине рассматриваются такие модели правового регулирования смарт-контракта и технологии распределенного реестра (блокчейн), как: саморегулирование; квазирегулирование; совместное регулирование; командно-административное регулирование; явное государственное регулирование [Чурсина Т.И., 2020: 42–46]. Наибольший интерес вызывает выделяемая Т.И. Чурсиной модель квазирегулирования, под которой автор, видимо, имеет в виду применение к смарт-контракту имеющихся норм законодательства. Также интересна и модель совместного регулирования, под которой, на наш взгляд, предусматриваются одновременно и саморегулирование, и непосредственное государственное регулирование.

Стоит также отметить, что некоторые ученые полагают, что действующих правовых норм достаточно для применения смарт-контрактов и не требуется принятия новых актов или норм. Но эти же авторы упоминают, что в связи с появлением и использованием смарт-контрактов возникают новые аспекты, требующие регулирования, в частности, какие договоры могут быть смарт-контрактами, установление согласия сторон с условиями смарт-контракта, правовые последствия ошибки в программном коде смарт-контракта [Севальнев В.В., Трунцевский Ю.В., 2020: 142, 143]. Следовательно, правовое регулирование необходимо как для применения к смарт-контракту норм договорного права (при определении его как договора) о недействительности сделок, изменении и прекращении договора и др., так и для выработки новых, позволяющие решить обозначенные проблемы.

Исходя из проанализированных моделей, согласимся с необходимостью правового регулирования смарт-контракта, которое уже осуществляется в различных правопорядках, но выделять такие модели лучше не по внешней форме выражения норм, регулирующих смарт-контракты (закрепление их в новом отдельном акте или в действующем, принятие разъяснений государ-

ственных органов и т.д.), а по существу подходов к понятию такого правового явления, как смарт-контракт. Исходя из этого, выделим следующие модели правового регулирования смарт-контракта: технико-ориентированную (смарт-контракт как компьютерная программа); сделко-ориентированную (смарт-контракт как договор, условие договора); смешанную модель (смарт-контракт одновременно как программа и как договор).

## **2. Техничко-ориентированная модель правового регулирования смарт-контракта**

Первая модель правового регулирования смарт-контракта является технико-ориентированной, что обуславливается технической сущностью смарт-контракта как компьютерной программы (программы для ЭВМ). Такая модель впервые была использована в отдельных штатах США, в частности, в Аризоне. Исходя из толкования текста HB 2417, вносящего изменения в титул 44, главу 26 Свода статутах Аризоны, смарт-контракты, используемые в коммерческой деятельности, являются одной из частей, условием традиционного договора, на что указывается и в исследованиях<sup>6</sup>. В титуле 44 главе 26 ст. 5 § 44-7061 п. С билля<sup>7</sup> отмечается, что договор, относящийся к совершенной сделке, не может быть признан недействительным, не имеющим юридической силы или не влекущим последствий лишь на том основании, что такой договор включает в себя условие о смарт-контракте.

Хотя смарт-контракт выступает своего рода условием договора, в титуле 44 главе 26 ст. 5 § 44-7061 п. Е<sup>8</sup> он определяется как «программа, которая приводится в действие определенными событиями, отражает определенное состояние, выполняется на распределенном, децентрализованном, находящемся в совместном доступе и тиражируемом реестре, и способная контролировать активы, учтенные в таком реестре, а также инициировать их передачу» [Тюльканов А.Л., 2017]. Таким образом, в соответствии с данным актом, смарт-контракт не признается договором, но в то же время стороны вправе предусмотреть положения о смарт-контракте (фактически об автоматизированном исполнении обязательств с использованием компьютерной программы) в договоре между ними, и данные положения будут порождать юридически значимые последствия.

<sup>6</sup> Экспертное заключение, подготовленное Исследовательским центром частного права при Президенте Российской Федерации по заданию Центра разработки и коммерциализации новых технологий. М.: Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева, 2017. С. 49.

<sup>7</sup> Arizona revised Statutes, Bill HB 2417, Section 44-7061. 2017. Available at: <https://www.azleg.gov/legtext/53leg/1r/bills/hb2417p.pdf> (дата обращения: 10.06.2021)

<sup>8</sup> Ibid.

Несмотря на присутствие такой юридической терминологии, как «условия договора», в Аризоне отражена технико-ориентированная модель правового регулирования смарт-контракта как компьютерной программы. Одновременно с этим форма договора, содержащего положение о смарт-контракте и заключающегося в децентрализованной распределенной информационной системе (блокчейн), определена как электронная форма договора. Тезис, что смарт-контракт является положением договора, но сам по себе договором не является, выглядит спорным. Считаем обоснованным разделять смарт-контракт как договор и автоматизированное исполнение обязательств из смарт-контракта (которое смарт-контрактом не является, и в котором проявляется техническая сущность смарт-контракта). При этом всегда, когда имеется смарт-контракт, присутствует автоматизированное исполнение обязательств.

Билль № 1357 Флориды, предлагавший изменения в Свод законов штата, в секции 4<sup>9</sup> закреплял, что под автоматизированной транзакцией понимается транзакция, совершенная электронными средствами или с помощью электронных записей, в которой действия или записи одной или обеих сторон не проверяются непосредственно лицом перед принятием им обязательств, исполнением договора или выполнением обязанностей. Из указанного можно сделать вывод, что в данном Билле была предпринята попытка закрепить автоматизированное исполнение обязательств и заключение договора электронным агентом, т.е. ситуации, когда сторона не должна непосредственно давать согласия на заключение договора или его исполнение, а это согласие презюмируется. Билль, по существу, имел целью закрепить правовые последствия в договорном праве, которые вводятся смарт-контрактами, путем предусмотрения автоматизированного исполнения обязательств.

В Билле в секции 4 смарт-контракт был определен как программа в реестре блокчейн, которая контролирует и производит перемещение активов в этом реестре. Далее было указано, что договор не может быть лишен юридической силы или возможности исполнения в принудительном порядке на том основании, что он содержит условие о смарт-контракте. Из положений Билля можно сделать вывод, что смарт-контракт, выступая специфической программой, с юридической точки зрения был признан в качестве автоматизированного исполнения обязательств. Законодатели Флориды также уточнили, что этот способ исполнения обязательств может использоваться в отношениях сторон, если они это предусмотрели в соглашении. Вероятно, к данным ситуациям должно относиться и совершение сторонами конклюдентных действий, подтверждающих согласие об использовании смарт-контракта.

---

<sup>9</sup> Florida House Bill 1357. October 03, 2018. Available at: <https://legiscan.com/FL/text/H1357/id/1676376> (дата обращения: 10.06.2021)

Таким образом, хотя Билль №1357, предусматривающий введение в правовое поле блокчейна и смарт-контракта, так и не принят, в нем содержится оригинальное понимание того, что меняется в праве в связи с возникновением смарт-контракта. Появляется автоматизированное исполнение обязательств, которое позволяет исполнять обязательства независимо от намерения обязанной стороны после заключения договора. По сути, здесь мы видим сходство с подходом, отраженным в законодательстве Аризоны, т.е. сталкиваемся с технико-ориентированной моделью правового регулирования самого смарт-контракта. В дополнение к этому во Флориде рассматривается исполнение обязательств из смарт-контракта, закрепляется новый вид исполнения обязательств (своего рода автоматизированное исполнение).

Смарт-контракт также введен в правовое поле в Теннесси. В Билле № 1662 штата<sup>10</sup> указано, что использование смарт-контракта не может лишать договор юридических последствий или принудительного исполнения в судебном порядке; смарт-контракт — это управляемая событиями компьютерная программа, которая выполняет действия на электронном, распределенном, децентрализованном и воспроизводимом реестре для автоматизации (в нашем понимании — автоматизированного исполнения) сделок. В законодательстве рассматриваемого штата помимо технико-ориентированной модели мы сталкиваемся с фактическим закреплением автоматизированного исполнения обязательств.

Несмотря на верное определение технической природы смарт-контракта, в рассмотренных определениях отсутствуют необходимые правовые признаки смарт-контракта, а также особенности его заключения (или договора с его использованием, если придерживаться технико-ориентированной модели), как происходит автоматизированное исполнение обязательств и какие последствия оно порождает.

В законодательстве Беларуси (Декрет №8) также прослеживается технико-ориентированная модель правового регулирования. Смарт-контракт рассматривается как «программный код, предназначенный для функционирования в реестре блоков транзакций (блокчейне), иной распределенной информационной системе в целях автоматизированного совершения и (или) исполнения сделок либо совершения иных юридически значимых действий»<sup>11</sup>. Смарт-контракт признается не отдельным видом договора, а способом заключения и (или) исполнения договора.

<sup>10</sup> Tennessee Senate Bill 1662. Tennessee State Legislature. March 26, 2018. Available at: <https://legiscan.com/TN/text/SB1662/2017> (дата обращения: 10.06.2021)

<sup>11</sup> Декрет Республики Беларусь № 8 от 21.12.2017 «О развитии цифровой экономики». 27.12.2017. № 1/17415. Приложение 1. С. 2. Available at: <http://president.gov.by> (дата обращения: 10.06.2021)

В рассматриваемом случае мы сталкиваемся со смешением технических и юридических понятий, что некорректно. Программный код, реестр блоков являются техническими понятиями, которые, по сути, можно описать на языке юридической терминологии, используя понятия «обмен электронными документами», «разновидность письменной формы договора». Так, можно указать, что смарт-контракт является договором, заключаемым с использованием электронных средств, а именно, путем обмена электронными документами (что относится к письменной форме договора).

Однако рассматриваемое определение смарт-контракта содержит и юридические понятия во второй своей части — «... совершения и (или) исполнения сделок либо совершения иных юридически значимых действий». В данном случае хотя юридическая терминология присутствует, имеются другие недостатки. Не совсем ясно, какие иные юридически значимые действия предусматривает Декрет. В целом, безусловно, сюда подпадают все действия, которые порождают юридические последствия, например, обращение в суд с иском, заявление о выдаче наследства нотариусу. Однако это пока не может выполняться с использованием смарт-контракта. Пока смарт-контракты применяются только в сделках.

Можно заметить, что основным недостатком указанного определения является то, что не был дан ответ на вопрос, выступает ли смарт-контракт формой, видом договора или способом исполнения или обеспечения исполнения обязательств. Таким образом, правовая природа смарт-контракта не определена. В п. 5.3 Декрета есть положение, что «лицо, совершившее, исполнившее сделку с использованием смарт-контракта, считается надлежащим образом осведомленным о ее условиях»<sup>12</sup>. Из данного положения следует, во-первых, что смарт-контракт в понимании авторов Декрета действительно является способом заключения или исполнения сделки. Исходя из указанного, смарт-контракт ближе к способу исполнения сделки, в то же время он касается и заключения сделки.

Можно утверждать, что смарт-контракт, по существу, автоматизирует договорные обязательства (вводит в право автоматизированное исполнение обязательств и выступает сделкой, исполняемой с помощью электронного агента без непосредственного участия стороны). Кроме того, Декрет вводит презумпцию, что лицо, заключившее сделку с применением смарт-контракта, знало эти условия сделки и не вправе их оспаривать. Эта презумпция призвана содействовать стабильности оборота и ограничению злоупотреблений со стороны его участников. Данное положение значимо для сторон, которые собираются использовать смарт-контракт, и для развития использования смарт-контракта в предпринимательских отношениях в целом.

---

<sup>12</sup> Там же.

Комментируя положения Декрета о смарт-контракте, отметим, что, по нашему мнению, не следовало определять смарт-контракт как программный код, поскольку это не имеет юридически значимых последствий, не определяет договорно-правовых особенностей смарт-контракта. Кроме того, с точки зрения субъектного состава следует отметить, что заключать и (или) исполнять сделки посредством смарт-контракта могут исключительно резиденты Парка высоких технологий Республики Беларусь. Применение специального правового режима, в частности, в отношении субъектов правовых отношений зачастую используется в регулировании новых правовых и особенно высокорисковых инструментов<sup>13</sup>.

Подход к ограничению круга лиц, которые вправе использовать смарт-контракт, высокотехнологичными компаниями в Парке высоких технологий является взвешенным и детальным. Разработчикам Декрета удалось добиться единства мнений по принципиальным вопросам, сформулировать определения понятий, находящихся в развитии и стоящих на стыке информационных технологий и права. Несмотря на неточность терминологии, смешение технических и юридических понятий, данный опыт стоит принять во внимание другим странам континентальной системы права. В частности, следует обратить внимание на исполнение обязательств автоматизированным образом, а также на презумпцию стороны о знании условий смарт-контракта и автоматизированного исполнения обязательств. Однако необходимо проанализировать и закрепить условия оспаривания смарт-контракта. В то же время спорными являются положения Декрета о смарт-контракте как о программном коде и о юридически значимых действиях из смарт-контракта.

В законодательстве Италии также отражена технико-ориентированная модель правового регулирования смарт-контракта. Закон № 135/2018, принятый 7.02.2019, определяет смарт-контракт как компьютерную программу, основанную на технологиях распределенного реестра (имеется в виду децентрализованная распределенная информационная система), исполнение которой является юридически обязательным в случае соглашения сторон об этом. Указывается также, что смарт-контракты удовлетворяют требованиям о наличии письменной формы и идентификации сторон. Относительно самих технологий распределенного реестра отмечается, что они позволяют удостоверить данные, которые не могут быть изменены или подделаны<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> В Беларуси введен уникальный правовой режим для участников криптоэкономики // Deloitte Legal. 2017. 27 декабря. С. 3, 4.

<sup>14</sup> Distributed Ledger Technologies and Smart Contracts in Italy. A Blog by Baker McKenzie. 28 February 2019. Available at: <https://blockchain.bakermckenzie.com> (дата обращения: 10.06.2021)

Таким образом, технико-ориентированная модель является распространенной, и ее использование позволяет откладывать вопрос об особенностях применения норм договорного права в отношении смарт-контрактов. Данный подход, на наш взгляд, недалек от истины. Неясно, какие нормы права следует применять к смарт-контракту, распространяются ли на него положения об интеллектуальных правах, что происходит при неисполнении обязательств из смарт-контракта. Более удачным с точки зрения договорного права видится понимание смарт-контракта как договора или как условия договора об автоматизированном исполнении обязательств (однако в последнем случае неясно, как соотносятся условия договора о смарт-контракте и иные условия договора, а именно, каким образом стороны совершают указанный договор, какие условия, помимо условия о смарт-контракте, они должны согласовать). В литературе встречаются утверждения, что смарт-контракт (код) либо полностью заменяет собой договор, составленный на естественном языке, либо является составной частью такого договора [Гринь Е.С., Гринь О.С., Соловьев А.В., 2019: 53].

Представляется, что стороны заключают договор (смарт-контракт) в децентрализованной распределенной информационной системе, там же данный договор исполняется. Смарт-контракт как договор должен позволять идентифицировать стороны, его совершившие, а также установить предмет договора.

### **3. Сделко-ориентированная модель правового регулирования смарт-контракта**

Примером данной модели правового регулирования смарт-контракта может служить Билль штата Вермонт (США), который ввел несколько правовых презумпций (титул 12, глава 81, подглава 1, § 1913, п. b)<sup>15</sup>. В целом презумпции касаются того, что записи о смарт-контрактах, сделанные в информационной системе блокчейн, считаются действительными. Датой и временем составления записи признаются дата и время ее внесения в блокчейн. Определение лица, сделавшего запись, также происходит через информацию, занесенную в информационную систему блокчейн.

То, что говорит нам о сделко-ориентированной модели, содержится в титуле 12, главе 81, подглаве 1, § 1913, п. с Билля<sup>16</sup>, согласно которому, исходя из презумпции действительности записи, сделанной в информационной системе блокчейн, определяются стороны договора, условия договора,

---

<sup>15</sup> Vermont Statutes. Title 12, Chapter 81, Subchapter 1. 2016. Available at: <https://law.justia.com/codes/vermont/2016/title-12/chapter-81/section-1913> (дата обращения: 10.06.2021)

<sup>16</sup> Ibid.

его исполнение, дата вступления в силу и действительность, переход прав и обязанностей и некоторые иные аспекты, касающиеся договора. Что также примечательно, в соответствии с титулом 12, главой 81, подглавой 1, §1913, п. b<sup>17</sup>, бремя доказывания недействительности записи ложится на лицо, против интересов которого свидетельствует презумпция действительности записи в информационной системе блокчейн.

Таким образом, хотя понятия смарт-контракта в Билле не дается, в то же время из толкования его положений становится ясно, что смарт-контракт — договор, заключенный в информационной системе блокчейн, посредством которого происходят изменения в правах и обязанностях субъектов права. С такой позицией необходимо согласиться, помня, однако, что в данном Билле особенности исполнения обязательств из смарт-контракта (автоматизированного исполнения обязательств) не раскрываются. Вызывает интерес положение, что оспорить положения смарт-контракта может лицо, против интересов которого свидетельствует презумпция действительности записи в блокчейне. Несмотря на вопросы, которые могут встать в связи с определением данного круга лиц, вероятно, имеются в виду прежде всего права и интересы сторон смарт-контракта — лиц, заключивших его.

Примером использования сделко-ориентированной модели правового регулирования смарт-контракта является также законодательство Невады, в котором было закреплено понятие электронной записи, сделанной в информационной системе блокчейн. Так, секция 3 Билля SB 398 штата, вносящего изменения в его Свод законов применительно к электронным транзакциям,<sup>18</sup> вводит понятие электронной записи как записи, созданной, сформированной, отправленной, переданной, полученной или хранимой с использованием электронных средств. Указывается, что запись может быть создана, сформирована, отправлена, передана, получена или хранима в блокчейне. В секции 1 Билля, в свою очередь, указывается, что блокчейн состоит из электронных записей транзакций, которые единообразно упорядочены, поддерживаются или обрабатываются на одной либо нескольких ЭВМ или иных устройствах для обеспечения непротиворечивости и сохранности записанных транзакций или иных данных и удостоверены при помощи криптографии<sup>19</sup>.

Хотя определения смарт-контракта в Билле нет, понимание смарт-контракта как записи в информационной системе блокчейн свидетельствует

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Senate Bill No. 398. Nevada Legislative Counsel Bureau. June 05, 2017. Available at: <https://www.leg.state.nv.us/App/NELIS/REL/79th2017/Bill/5463/Overview>, [https://www.leg.state.nv.us/Session/79th2017/Bills/SB/SB398\\_EN.pdf](https://www.leg.state.nv.us/Session/79th2017/Bills/SB/SB398_EN.pdf) (дата обращения: 10.06.2021)

<sup>19</sup> Экспертное заключение... С. 50.

о том, что смарт-контракт выступает формой договора (договором), который фиксируется в блокчейне. Законодатель штата решил не использовать термин «смарт-контракт», в то же время закрепляя юридическую силу совершаемых смарт-контрактов как сделок в блокчейне. Таким образом, как и в предшествующем случае, мы имеем дело по сути с концепцией смарт-контракта как договора, поскольку исходим из того, что смарт-контракт выступает договором, заключаемым в блокчейне.

Законодательство, посвященное правовому регулированию блокчейна и смарт-контракта, принято также в Делавэре (Билль № 69 — поправки к титулу 8 Общего закона о корпорациях штата Делавэр). Соответственно секциям 1, 2, 5, 6, 7, 11 и 36 Билля, для корпораций штата предусмотрено использование блокчейна для осуществления корпоративных записей и сделок по купле-продаже акций в данной информационной системе. В блокчейне при покупке акций производится запись об их владельце и также через блокчейн производятся уведомления акционера о собраниях акционеров и прочих сведениях, полагающихся ему. Можно заметить, что в Делавэре правовое регулирование блокчейна и смарт-контрактов ограничилось корпоративными аспектами и куплей-продажей ценных бумаг. Законодатели штата нашли данные сферы наиболее применимыми в данном отношении. По сравнению с биллями других штатов Билль Делавэра носит более узкоспециальный характер, а также не дает определений блокчейна и смарт-контракта. В то же время заметно понимание смарт-контракта как сделки (договора), в рассматриваемом случае — именно как договора купли-продажи акций, т.е. мы видим сделко-ориентированную модель.

Сделко-ориентированная модель правового регулирования смарт-контракта прослеживается и в других юрисдикциях, например, в Великобритании. При этом законодательство, освещающее различные аспекты смарт-контракта, не принято, обсуждается несколько способов гармонизации регулирования в реалиях информационной экономики: посредством судебного правотворчества или с помощью нормативных актов<sup>20</sup>. Тринадцатая программа правовой реформы Великобритании содержит ряд интересных положений в отношении смарт-контракта, которые стоит проанализировать.

В разделе Программы, посвященном смарт-контракту<sup>21</sup>, он определяется как самоисполнимый договор, записанный с помощью компьютерного (программного) кода. Смарт-контракты автоматизируют выполнение различных действий (процессов) в соответствии с их условиями и призваны обеспечить доверие и надежность в предпринимательских отношениях.

---

<sup>20</sup> Там же. С. 51.

<sup>21</sup> 13th Programme of Law Reform. Law Commission. Gov.uk. December 13, 2017. P. 20. Available at: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/668113/13th-Programme-of-Law-Reform.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/668113/13th-Programme-of-Law-Reform.pdf) (дата обращения: 10.06.2021)

В то же время Программа вызывает ряд вопросов в связи с использованием смарт-контракта. Одним из них является отсутствие возможности удаления или изменения данных, записанных в системе блокчейн, что не позволяет, например, исправлять несправедливые договорные условия. Так, например, судебный орган не сможет исправить предполагаемые ошибки в смарт-контракте или несправедливые условия смарт-контракта.

Анализируя данную инициативу, отметим, что британский подход к смарт-контракту является обоснованным. Однако следует уточнить, что не смарт-контракт автоматизирует исполнение различных действий, а благодаря автоматизированному исполнению обязательств автоматизируется исполнение условий смарт-контракта. Также представляется, что, как правило, речь идет именно об автоматизации действий сторон (исполнении их обязанностей) по конкретному договору.

Относительно же вопроса о невозможности изменения данных в системе блокчейн: он может быть решен технически и юридически с помощью использования механизма обратной транзакции, т.е. двусторонней реституции — возврата сторон в первоначальное положение — то, в котором они находились до заключения смарт-контракта. Кроме того следует рассмотреть возможность внесения изменений в смарт-контракт по решению суда, используя механизм обратной транзакции.

Еще одна европейская юрисдикция — Португалия движется по сделко-ориентированной модели правового регулирования смарт-контрактов. Пункт 1 статьи 33 Закона об электронной коммерции № 7/2004<sup>22</sup> не закрепляет смарт-контракт, но содержит положение, что договор может быть заключен без участия человека (с использованием компьютеров) автоматическим образом. Данное положение само по себе не применимо к смарт-контрактам, поскольку касается не автоматизированного исполнения обязательств, а их автоматического заключения, что не присутствует в случае смарт-контракта, так как стороны должны изъявить свою волю на возникновение смарт-контракта. Однако в соответствии с п. 2 ст. 33 Закона об электронной коммерции № 7/2004,<sup>23</sup> положения об ошибке применяются, если при формировании намерения вступить в обязательство была допущена программная ошибка, при выражении намерения вступить в обязательство было неверное функционирование компьютера, передаваемое электронное сообщение достигло адресата с ошибками. Исходя из этого, сделаем заключение, что к смарт-контрактам применяются положения договорного пра-

<sup>22</sup> Decree-Law no. 290-D/99. Published on 02.08.1999 (amended and republished also DL no. 116-A/2006, of 16.06). Anacom. 2018. Available at: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=979004> (дата обращения: 10.06.2021)

<sup>23</sup> Ibid.

ва вследствие сходства с договорами, заключаемыми без участия человека<sup>24</sup> на основании того, что смарт-контракты заключаются и исполняются с использованием компьютеров. Таким образом, при ошибках в программном коде, дисфункционировании компьютера или децентрализованной распределенной информационной системы или искажении электронных сообщений при заключении смарт-контрактов могут быть применены положения об ошибках в договорах.

В Португалии так и не дан ответ на вопрос — что такое смарт-контракт, но положения об автоматически заключаемых договорах могут быть применены и к смарт-контрактам в силу использования компьютеров при формировании и исполнении договорных условий. Это также свидетельствует о сделко-ориентированной модели правового регулирования по отношению к таким новым договорным конструкциям, как смарт-контракт.

Косвенным образом можно признать, что в целом в европейских юрисдикциях используется сделко-ориентированная модель правового регулирования, однако специальных нормативных актов или отдельных норм практически не принимается. Применительно к заключению смарт-контрактов следует отметить Регламент № 910/2014 Европейского парламента и Совета Европейского союза «Об электронной идентификации и удостоверительных сервисах для электронных транзакций на внутреннем рынке». Пункт 1 статьи 25 данного Регламента<sup>25</sup> указывает, что электронная подпись не должна быть лишена юридической силы и действительности на том основании, что она выполнена в электронной форме. Рассматриваемое положение, безусловно, создает основу для регулирования смарт-контрактов, которые используются в договорных отношениях, при этом идентификация сторон происходит в электронной форме.

Более того, ст. 9 Директивы № 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза об электронной коммерции<sup>26</sup> гарантирует, что страны-участницы ЕС обеспечивают заключение договоров с использованием электронных средств, что происходит и в случае смарт-контрактов. Страны-участницы ЕС должны обеспечить, чтобы такие договоры не были лишены юридической силы и действительности на основании того, что они заключены с использованием электронных средств. Таким образом, в ЕС

---

<sup>24</sup> The Financial Technology Law Review: Portugal. 11 May 2020. Available at: <https://thelaw-reviews.co.uk/title/the-financial-technology-law-review/portugal> (дата обращения: 10.06.2021)

<sup>25</sup> Regulation EU No. 910/2014. eIDAS Observatory. Available at: <https://ec.europa.eu/futurium/en/content/eidas-regulation-regulation-eu-ndeg9102014> (дата обращения: 10.06.2021)

<sup>26</sup> Directive No. 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 08 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market ('Directive on Electronic Commerce') // Official Journal L 178, 17/07/2000. P. 0001–0016.

существует нормативная база заключения смарт-контрактов. Однако норм, которые бы описывали именно специфику применения смарт-контракта, крайне мало (отдельные акты и нормы в Италии и Португалии).

На уровне ЕС принят План развития технологий в сфере финансовых услуг (далее — План), который выделил сферы возможного развития, включая прояснение юридических аспектов смарт-контрактов. В соответствии с Планом действий органы ЕС изменили Директиву о платежных услугах с января 2018 года так, чтобы позволить банкам открыть каналы коммуникации для взаимодействия с приложениями, основанными на технологии блокчейна, и, соответственно, для использования смарт-контрактов, совершаемых в системе блокчейн. План показывает, что с 2018 года в государствах-членах ЕС начали предприниматься действия для более конкурентоспособного и инновационного финансового рынка<sup>27</sup>, что не могло не сказаться и на других сферах гражданского оборота. Также Европейская комиссия распространяет информацию о лучших практиках использования блокчейна и смарт-контрактов на основании исследований надзорных органов ЕС (European supervisory authorities, ESAs)<sup>28</sup>.

Применительно к юрисдикциям членов ЕС можно сделать вывод, что, несмотря на отсутствие специальной правовой базы в отношении смарт-контрактов, заключение смарт-контрактов возможно. Однако встает много вопросов в связи с принудительным исполнением смарт-контрактов, признанием юридически значимых последствий в случае их исполнения, судебным толкованием условий смарт-контрактов и порядком действий при технической ошибке в смарт-контракте или недобросовестности стороны, которая вносит изменения в работу децентрализованной распределенной информационной системы.

Например, опыт Германии показывает, что немецкое право может выглядеть традиционным или даже инертным в данном направлении. В 2013 году Федеральный верховный суд Германии (Federal Court of Justice) постановил, что в случае сомнений волеизъявления из договоров в электронной форме должны быть интерпретированы исходя из того, как если бы данный договор интерпретировал человек<sup>29</sup>. Таким образом, ситуация складывается так, что программный код заменяется человеческой интерпретацией, несмотря на то что смарт-контракты основаны на языке программного кода, на котором они созданы.

---

<sup>27</sup> FinTech Action Plan: for a More Competitive and Innovative European Financial Sector. European Commission. 08 March 2018. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0109> (дата обращения: 10.06.2021)

<sup>28</sup> FinTech: Commission Takes Action for a More Competitive and Innovative Financial Market. European Commission. 08 March 2018. Available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-1403\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1403_en.htm) (дата обращения: 10.06.2021)

<sup>29</sup> BGH. Urteil vom 16.10.2012 — X ZR 37/12. Open Jur. Available at: <https://openjur.de/u/592082.html> (дата обращения: 10.06.2021)

Здесь мы сталкиваемся с противоречием в связи с тем, что язык программного кода толкуется и интерпретируется человеком, что порождает двусмысленность и неясность формулировок. В человеческом понимании и в тексте, написанном человеком, волеизъявление сторон договора может быть подразумеваемым и сложным. В то же время применительно к смарт-контракту, с точки зрения математической логики, формулировки имеют только однозначное машинное трактование. Выдвигаются предложения об автоматической трансформации человеческого языка одновременно и в юридических терминах, и в исполняемом программном коде, а также о создании общего языка для понимания договорных положений [Siedler N., 2016]. В то же время толкование, осуществляемое человеком, будет отличаться от машинного толкования, и в первом в том или ином сочетании всегда будет присутствовать субъективность и неоднозначность.

Рассматривая действительность смарт-контрактов, мы подразумеваем возможность их принудительного исполнения путем обращения в судебные органы, которые будут вынуждены интерпретировать смарт-контракты, базируясь на человеческом понимании даже терминов, выраженных в программном коде. Хотя смарт-контракты и выражены в форме, не воспринимаемой напрямую человеком, а читаемой машинным образом, их толкование в той или иной мере может зависеть от понимания людей. В то же время рамки, заданные программным кодом, позволяют избежать многих двусмысленностей и неопределенности формулировок.

В целом сделко-ориентированная модель правового регулирования представляется взвешенной, определяющей значение и особенности смарт-контрактов в рамках договорного права. Данная модель является и более жизнеспособной ввиду того, что определяет возможные сферы использования смарт-контрактов, а также особенности заключения и исполнения смарт-контрактов на практике. В то же время помимо смарт-контракта следует более явно обозначать и новый способ исполнения обязательств — автоматизированное исполнение обязательств, которое присуще именно смарт-контракту. С выделением такой особенности смарт-контракта, как автоматизированное исполнение, выражают согласие и российские, и зарубежные авторы [Макарова О.А., Макаров А.Д., 2021: 11]; [Lauslahti K., Mattila J., Seppälä T., 2017: 22].

#### **4. Смешанная модель правового регулирования смарт-контракта**

Смешанная модель правового регулирования смарт-контракта позволяет соединить в себе подходы, отраженные в двух предшествующих моделях. Примером такой модели правового регулирования служит законодатель-

ство Небраски (США). Однако Билль № 695 штата Небраска, касающийся юридической силы, действительности и принудительного исполнения обязательства из смарт-контракта, был инициирован, но не был принят. Так, в секции 2 Билля<sup>30</sup> было закреплено, что смарт-контракт или договор, содержащий условие о смарт-контракте, может использоваться в коммерческих отношениях сторон. Указано, что договор не должен быть лишен юридической силы, действительности или принудительного исполнения на том основании, что он является смарт-контрактом или что он содержит условие о смарт-контракте.

При этом в секции 2 Билля отмечается, что смарт-контрактом является инициируемая программа или компьютерный протокол, действующие в распределенном децентрализованном реестре. В Билле также указывается, что такая программа или протокол исполняют обязательства сторон из договора, контролируя или осуществляя распоряжение активами в таком реестре (в нашем понимании — в децентрализованной распределенной информационной системе).

Таким образом, в Небраске происходит смешение двух моделей правового регулирования смарт-контракта: технико-ориентированной и сделко-ориентированной. Смарт-контракт одновременно рассматривается как программа (технический способ исполнения обязательств) и как договор, при этом договор может как быть смарт-контрактом, так и содержать условие о смарт-контракте (фактически условие об автоматизированном исполнении обязательств). Непонятна разница между смарт-контрактом и договором, содержащим условие об автоматизированном исполнении обязательств. По нашему мнению, смарт-контракт является договором с автоматизированным исполнением обязательств, при этом для такого исполнения в любом случае необходимо использование децентрализованной распределенной информационной системы, в которой осуществляется оборот криптовалюты и токенов.

Таким образом, если мы имеем смарт-контракт, то всегда присутствует автоматизированное исполнение обязательств. В свою очередь чтобы использовать смарт-контракт необходимы автоматизированное исполнение обязательств и децентрализованная распределенная информационная система (как блокчейн). Несмотря на признание смарт-контракта в качестве договора, Билль Небраски также понимает его и как компьютерную программу, что не может не вызывать вопросов. Предполагаем, что таким образом законодатели штата пытались отразить и договорную, и техническую природу смарт-контракта.

---

<sup>30</sup> Legislative Bill 695. Legislature of Nebraska. April 18, 2018. Available at: <https://legiscan.com/NE/text/LB695/2017> (дата обращения: 10.06.2021)

Рассматриваемый подход является спорным. Не следует определять смарт-контракт как компьютерную программу, ведь тогда неясно, как подобная программа с точки зрения закона может быть одновременно и договором. По нашему мнению, с точки зрения договорного законодательства и права, а также законодательства об информационных технологиях, смарт-контракт является разновидностью договора (договорной конструкцией) в форме программного кода, заключаемого и исполняемого в особой информационной системе (которую мы считаем возможным назвать децентрализованной распределенной информационной системой).

## **Заключение**

Из правовых актов международного уровня следует вывод о возможном признании смарт-контракта договором, исполняемым автоматизированным образом без участия человека. Наиболее удачна сделко-ориентированная модель правового регулирования смарт-контракта, так как именно она, учитывая техническую природу смарт-контракта, тем не менее определяет его как юридически действительный договор, заключаемый и исполняемый в особой информационной системе (блокчейн). В ситуации, когда стороны заключают смарт-контракт, не требуется дополнительно иного договора. Сам по себе смарт-контракт является соглашением сторон, благодаря которому возникают, изменяются или прекращаются гражданские права и обязанности.

Сделко-ориентированная модель правового регулирования позволяет рассматривать условия смарт-контракта как достаточные для порождения юридических последствий, которые желали стороны, и не требующие иных подтверждений или доказательств. Такая модель правового регулирования помимо определения юридических последствий, которые порождают заключение и исполнение смарт-контракта, решает также ряд практических вопросов. В частности, позволяет применить к смарт-контракту условия недействительности сделок, изменить или расторгнуть смарт-контракт, заключенный в блокчейне (с выполнением необходимых технических условий), применить соответствующие меры защиты и ответственности к стороне смарт-контракта и, кроме того, определить право, применимое к смарт-контракту, и юрисдикционный орган, который будет рассматривать спор из смарт-контракта.



## **Библиография**

Белых В.С., Болобонова М.О. Проблемы правового регулирования смарт-контрактов в России / Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики. Отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2019. 376 с.

Волос А.А. Коллизионно-правовое регулирование отношений, связанных со смарт-контрактами // Международное публичное и частное право. 2020. № 3. С. 24–27.

Гринь Е.С., Гринь О.С., Соловьев А.В. Правовая конструкция смарт-контракта: юридическая природа и сфера применения // *Lex Russica*. 2019. № 8. С. 51–62.

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

Крысенкова Н.Б. Смарт-контракты в иностранном правовом пространстве // *Международное публичное и частное право*. 2019. № 5. С. 28–30.

Макарова О.А., Макаров А.Д. Состояние и перспективы развития цифрового законодательства // *Актуальные проблемы экономики и права*. 2021. № 1. С. 5–14.

Севальнев В.В., Трунцевский Ю.В. Смарт-контракт: от определения к определенности // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2020. № 1. С. 118–147.

Тюльканов А.Л. Блокчейну — да, смарт-контрактам — нет: законодатели Невады определились с понятиями // *Zakon.ru*. 2017. 19.06.

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

Чурсина Т.И. Правовая основа регулирования технологии блокчейн и смарт-контрактов в Малайзии // *Международное публичное и частное право*. 2020. № 6. С. 42–46.

Шайдуллина В.К. Смарт-контракты на финансовом рынке: результаты исследования // *Судья*. 2019. № 2. С. 21–23.

Fairfield J. Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection. *Washington and Lee Law Review Online*, 2014, issue 2, pp. 35–50.

Künnapas K. From Bitcoin to Smart Contracts: Legal Revolution or Evolution from the Perspective of de lege ferenda? *The Future of Law and eTechnologies*. Bern: Springer International, 2016. 233 p.

Lauslahti K., Mattila J., Seppälä T. Smart contracts — how will blockchain technology affect contractual practice. *Institute of Finnish Economy. ETLA Reports*, 2017, no 68. 27 p.

Siedler N. The Legal Magnitude of Blockchain. *Bucerius Executive Education*, September 21, 2016. Available at: <http://www.bucerius-education.de/artikel/the-legal-magnitude-of-blockchain/> (дата обращения: 10.06.2021)

Szczerbowski J. Place of Smart Contracts in Civil Law. A Few Comments on Form and Interpretation. *Proceedings of the 12th Annual International Conference 'New Trends' 2017*. Znoimo: Private College of Economic Studies, p. 333–338.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 3**

### **Models of Legal Regulation of Smart Contract: Generalities and Specifics**



**Evgenya Zainutdinova**

Lecturer, Department of Entrepreneurial Law, Civil Law and Arbitrage Process, Novosibirsk State National Research University. Address: 1 Pirogova Str., Novosibirsk 630090, Russian Federation. E-mail: [zainutdinovaev@gmail.com](mailto:zainutdinovaev@gmail.com)



## Abstract

The smart contract' term and its peculiarities are already regulated by different legal systems. Author distinguishes and analyzes the following models of legal regulation of a smart contract: technically oriented (smart contract as a computer program); deal-oriented (smart contract as a legally binding contract or provision of a contract); combined model (smart contract simultaneously as a computer program and as a contract). Acts on smart contracts are enacted on national or subnational level in the form of amendments to existing laws on contracts, e-commerce, information technologies or in a separate legal bill (act) regulating also such issues as application of blockchain (distributed ledger) technology, issue and turnover of tokens and cryptocurrency. In case of use of technically oriented model such legal issues as conclusion and interpretation of a smart contract, its invalidation, amendment and termination, application of means of defence and responsibility, choice of applicable law to a smart contract and competent authority that is to settle a dispute arising out of a smart contract, remain unresolved. Deal-oriented and combined models (even with pitfalls of combined model due to confusion between smart contract as a computer program and as a contract) are more preferred since these models define peculiarities of conclusions and performance of smart contracts in contract law for its practical use. Besides this, definition of automated performance of obligations that is inherent to a smart contract as a contract (contract type) in the form of a program code concluded and performed in special information system (decentralised distributed ledger) is to be reflected. Overall trends of legal regulation of a smart contract are the use of special technical terms (such as blockchain, token, cryptocurrency) that are firmly established in practice, statements on smart contract conclusion and performance (even if a smart contract is defined as a computer program), and creating non-discriminatory legal basis for the use of smart contracts along with contracts in written form and other means of proof.



## Keywords

smart contract; automated performance of obligations; blockchain; distributed ledger; token; cryptocurrency; digital rights.

**For citation:** Zainutdinova E.V. (2021) Models of Legal Regulation of Smart Contract: Generalities and Specifics. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 126–147 (in Russian)

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

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.126.147



## References

- Belykh V.S., Bolobonova M.O. (2019) The issues of the legal regulation of smart contracts in Russia. In: Legal regulation of the economic relations in the modern digital economics. V.A. Vaipan (ed.). Moscow: Yustitsinform, 376 p. (in Russian)
- Efimova L.G., Mikheeva I.E., Tchub D.B. (2020) Comparative analysis of doctrinal conceptions of smart contract legal regulation in Russia and abroad. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 78–105 (in Russian)

- Fairfield J. (2014) Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection. *Washington and Lee Law Review Online*, issue 2, pp. 35–50.
- Fedorov D.V. (2018) Tokens, cryptocurrency and smart contracts in Russian laws in terms of foreign experience. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 2, pp. 30–74 (in Russian)
- Grin' E.S., Grin' O.S., Solovyev A.V. (2019) Legal design of smart contracts: legal nature and application. *Lex Russica*, no 8, pp. 51–62 (in Russian)
- Krysenkova N.B. (2019) Smart contracts in foreign legal space. *Mezhdunarodnoe publ-ichnoe i chastnoe pravo*, no 5, pp. 28–30 (in Russian)
- Künnapas K. (2016) *From Bitcoin to Smart Contracts: Legal Revolution or Evolution from the Perspective of de lege ferenda? The Future of Law and e-Technologies*. Bern: Springer International, 233 p.
- Lauslahti K., Mattila J., Seppälä T. (2017) Smart contracts: how will blockchain technology affect contractual practices. Institute of Finnish Economy. *ETLA Reports*, no 68, 27 p.
- Makarova O.A., Makarov A.D. (2021) Conditions and perspectives of digital law. *Aktual'nye problemy ekonomiki i prava*, no 1, pp. 5–14 (in Russian)
- Seval'nyov V. V., Trutsevsky Yu. V. (2020) Smart contract: from defining to definiteness. *Pravo. Zhurnal vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 118–147 (in Russian)
- Shaydolina V. K. (2019) Smart contracts in the financial market. *Sudya*, no 2, pp. 21–23 (in Russian)
- Siedler N. (2016) The Legal Magnitude of Blockchain. Bucerius Executive Education,. Available at: <http://www.bucerius-education.de/artikel/the-legal-magnitude-of-blockchain/> (accessed: 10 June 2021)
- Szczerbowski J. (2017) Place of Smart Contracts in Civil Law. A Few Comments on Form and Interpretation. Proceedings of the 12th Annual International Conference 'New Trends'. Znoimo: Private College of Economic Studies, pp. 333–338.
- Tchursuina T.I. (2020) Regulating blockchain and smart contracts in Malaysia. *Mezhdunarodnoe publ-ichnoe i chastnoe pravo*, no 6, pp. 42–46 (in Russian)
- Tyul'kanov A.L. (2017) Yes to blockchain, no to smart contracts. *Zakon.ru* (in Russian)
- Volos A.A. (2020) Conflict of law regulation of relation in smart contracts. *International public and private law*, no 3, pp. 24–27 (in Russian)

# Общие принципы права в системе международного права



**Ю.С. Ромашев**

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



## Аннотация

Общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, как они определены в Статуте Международного Суда, по-прежнему являются важным правовым средством, призванным регулировать межгосударственные отношения, в том числе и при разрешении споров между государствами. Потребность в их применении, как правило, возникает тогда, когда тот или иной вопрос не охватывается международными договорами и международными обычаями, и требуется восполнить пробел в международном праве. Вместе с тем с момента введения в международно-правовой оборот термина «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» (далее — общие принципы права) до сих пор не дано его официального толкования. В науке международного права также нет общей позиции относительно содержания общих принципов права, их правовой природы, не дано однозначного ответа на вопрос, относятся ли они к источникам международного права. Вместе с тем складывается общий подход, согласно которому такие принципы представляют собой общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, и общие принципы, сформированные в рамках международно-правовой системы. Общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, являются нормами внутригосударственного права и остаются таковыми вне зависимости от того, существует ли потребность в их использовании, которая осуществляется путем транспонирования в международно-правовую систему. В статье предлагаются способы транспонирования: общее или генеральное транспонирование — международно-правовое включение общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, в международное право; рецепция — отражение общих принципов внутригосударственного права в международных договорах или международных обычаях; отсылка — положение международного договора или решения международного судебного органа, согласно которым правоприменитель отсылается к общим принципам права, вытекающим из национальных правовых систем. Общие принципы права являются применимым правом, элементы которого нередко содержатся в учредительных договорах о создании международных судебных органов. Их можно встретить и в иной практике правоприменения. По мнению автора, общие принципы права можно лишь условно относить к источнику международного права, так как они представляют собой нормы международного или внутригосударственного права.



## Ключевые слова

международное право, источники международного права, общие принципы права, международный обычай, международные договоры, международные отношения

**Для цитирования:** Ромашев Ю.С. Общие принципы права в системе международного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 148–174.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.148.174

## Введение

Закрепление в 1920 г. в Статуте Постоянной Палаты Международного Правосудия положения об «общих принципах права, признанных цивилизованными нациями», а затем его дублирование в 1945 г. в Статуте Международного суда было обусловлено потребностью более эффективного рассмотрения споров между государствами в судебных органах, когда договорное и обычное международное право не позволяло решить эту задачу. Ранее государства в таких случаях нередко руководствовались общими принципами справедливости и равенства, требованиями общественного сознания и законами человечности. Вместе с тем отсутствие до сих пор официального толкования термина «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» весьма затрудняет правоприменительную практику, прежде всего, судебную. Не помогает уяснить их содержание, особенно в нынешних реалиях развития межгосударственных отношений, и анализ материалов, касающихся разработки статутов международных судебных органов Лиги Наций и ООН. По мнению Г.И. Тункина, толкование с позиций постановлений Постоянной Палаты Международного Правосудия и Комиссии юристов в 1920 г. не может в полной мере соответствовать пониманию аналогичных постановлений Статута Международного Суда [Тункин Г.И., 2000: 174].

Неясность данного вопроса привела к разнообразной судебной практике, которая подчас основывается на субъективных оценках международных судей. Эти обстоятельства обусловили появление многочисленных научных работ по данной проблематике. Среди ученых в области международного права доктринальное толкование термина «общие принципы, признанные цивилизованными нациями» (далее — общие принципы права) нашло отражение в работах таких отечественных ученых, как В.Н. Дурденевский, П.Е. Земскова, В.М. Корецкий, Д.Б. Левин, Г.И. Тункин. Среди зарубежных ученых общим принципам права посвящены работы Д. Анцилотти, Г. Морелли, Г. Кельзена, П. Гуггенхайма, Ш. Руссо, А. Фердросса. Однако интерес как ученых, так и практиков к использованию общих принципов права в деятельности государств, когда международные договоры и международные обычаи не охватывают тот или иной вопрос, по-прежнему не ослабевает.

Чтобы найти объяснение этому правовому феномену, Комиссия международного права (далее — Комиссия МП) на 70-й сессии постановила включить тему «Общие принципы права» в программу работы<sup>1</sup>. На 71-й сессии в

<sup>1</sup> Док. ООН, А/72/10, п. 267.

2019 г. Комиссия МП провела общие прения на основе первого доклада специального докладчика М. Васкес-Бермудеса<sup>2</sup>. В свою очередь, на 72-й сессии в 2020 г. докладчик предложил Комиссии методологию выявления общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, а также выявление общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы<sup>3</sup>. Данный вспомогательный орган ООН поставил задачу в ходе проводимого им исследования авторитетно разъяснить характер, сферу охвата и функции общих принципов права, а также критерии и методы их определения, выработать ориентиры для государств, международных организаций, судов и трибуналов, других структур, призванных заниматься общими принципами права в качестве одного из источников международного права<sup>4</sup>. Кроме того, в ходе рассмотрения данного вопроса должны быть исследованы: правовая природа общих принципов права как источника международного права; истоки и соответствующие категории общих принципов права; функции общих принципов права и их связь с другими источниками международного права; способы выявления общих принципов права<sup>5</sup>.

Вместе с тем несмотря на декларацию о необходимости раскрыть правовую природу общих принципов права, Комиссия МП в полном объеме пока так и не смогла этого сделать. Комиссия не уделила внимания и вопросам формирования этих принципов. Специальный докладчик, определяя направленность исследования по данному вопросу, счел, что Комиссии МП нет необходимости заниматься сложными процессами, посредством которых общие принципы права возникают, изменяются или перестают существовать на систематической основе<sup>6</sup>. Однако эти вопросы важны как с теоретической, так и практической стороны.

В настоящей работе на основе комплексного использования общенаучных и частно-научных методов исследования осуществлена попытка пролить свет на правовую природу общих принципов права, раскрыть их роль и место в международном праве и российской правовой системе.

## **1. Общие принципы права, их правовая природа**

Как известно, понятие «принцип» (лат. *prīncipiūm* — начало, основа, происхождение, первопричина) – общенаучная категория. При этом в области

---

<sup>2</sup> Док. ООН, A/CN.4/732.

<sup>3</sup> Док. ООН, A/CN.4/741.

<sup>4</sup> Док. ООН, A/CN.4/732, с. 3/79, 5/79.

<sup>5</sup> Док. ООН, A/CN.4/741, с. 3/67.

<sup>6</sup> Док. ООН, A/CN.4/741, с. 5/67.

права сложились две основные формы существования принципов в виде норм или идей. Как следствие, по мнению многих ученых, принципы права — это ведущие начала формирования права, его развития и функционирования [Явич Л.С., 1976: 52], выраженные в праве исходные нормативные руководящие начала, характеризующие его содержание, его основы, закрепленные в нем закономерности общественной жизни [Алексеев С.С., 1981: 34]. Это «основы» права», «общие, исходные начала» или основные начала, которые определяют наиболее существенные черты, содержание, особенности и регулятивные механизмы права в целом [Земскова П.Е., 1981: 23, 27, 34]. «Позитивного закрепления» в нормах права принципов права придерживаются С.С. Алексеев [Алексеев С.С., 1963: 151], О.В. Смирнов [Смирнов О.В., 1977: 11], А.В. Мицкевич [Мицкевич А.В., 1975: 128] и многие другие ученые.

Нередко предметом научной дискуссии становится вопрос о различии между принципами и нормами международного права. Оно заключается прежде всего в их содержании, значимости и роли в регулировании межгосударственных отношений. Существует точка зрения, что различие между «нормами» и «принципами» охватывает одну типичную категорию отношений — отношения между нормами более низкого и более высокого уровня абстракции. Норму иногда трактуют как конкретное воплощение «принципа» и воспринимают как *lex specialis* или *lex posteriori*. Есть мнение, что общий или более ранний принцип трактуется в качестве выразителя подтекста или цели специальной (или последующей) нормы. Также считается, что принцип права отличают от правовой нормы в обычном понимании не из-за его широкой сферы действия, а, скорее, из-за общего характера его содержания. В решениях Международного Суда ООН термины «принципы» и «нормы», как правило, рассматриваются как синонимы<sup>7</sup>. В комментариях к проектам выводов о выявлении международного обычного права Комиссия МП пояснила, что нормы международного обычного права могут именоваться «принципами» ввиду их более общего и более основополагающего характера<sup>8</sup>.

Оставляя за рамками настоящей работы обоснованность вышеприведенных точек зрения и придерживаясь нормативистского подхода, а также того, что принцип, как более общая по содержанию норма, может содержать идеи, заложенные в других нормах, и в целом отражать процессы, протекающие в жизни мирового сообщества, мы рассматриваем положение ст. 38 Статута Международного Суда с позиции, что в ее п. «с» речь идет о принципах как о нормах права общего характера. Разнесение международных договоров, международных обычаев и общих принципов права по различным пунктам

<sup>7</sup> Док. ООН, А /CN.4/732, с. 47/79, 48/79.

<sup>8</sup> Док. ООН, А/73/10, с. 137.

ст. 38 Статута Международного Суда и Статута Постоянной Палаты Международного Правосудия, видимо, задумывалось создателями чтобы показать их различие как по смыслу, так и по правовой природе, а также с целью показать последовательность их применения Судом.

Различные подходы к объяснению, что понимать под рассматриваемыми нами общими принципами права, и к их соотношению с международным правом наблюдается в позициях нормативистской и естественно-правовой научных школ. Сторонники школы прецедентного права также пытаются внести свою лепту. Противоречивые позиции всех этих школ и доктрин ведущих ученых об общих принципах права, в частности, сводятся к следующему:

общие принципы права — это основные начала международного права [Левин Д.Б., 1958: 100];

общие принципы права — это те принципы, которые базируются на общих правовых идеях и могут быть перенесены в межгосударственные отношения [Фердросс А., 1959: 164];

общие принципы права — это отражение общих принципов национальных правовых систем [Лукин П.И., 1960: 100];

общие принципы права — это в первую очередь принципы международного права, а во вторую — общие принципы национальных правовых систем [Anzilotti D., 1928: 106–107];

общие принципы права — это наиболее основные положения международного обычного права [Дурденевский В.Н., 1956: 45];

отрицание наличия общих принципов права так таковых, общих для национальных правовых систем, их выражение в договорных и обычных нормах международного права [Kelsen H., 1967: 540];

общие принципы права носят исключительно международно-правовой характер. При этом исключается признание общих принципов права как принципов внутреннего права отдельных государств, утверждается, что это исключительно международно-правовые принципы [Корецкий В.М., 1957: 45];

общие принципы права носят как международно-правовой, так и внутригосударственный характер [Rousseau Ch., 1944: 314];

общие принципы права имеют неправовой характер [Morelli G., 1956: 470–471]. Отрицается нормативный характер общих принципов права — они рассматриваются как общие правовые понятия, логические правила, приемы юридической техники, используемые при толковании и применении права вообще, как международного, так и национального, независимо от социальной сущности права [Тункин Г.И., 2000: 177];

отсутствие необходимости общих принципов права [Гуттенхайм П., 1953: 292], избыточность п. «с» ст. 38 Статута Международного Суда;

общие принципы права — это не только совпадающие нормы права различных государств; чтобы считаться общими принципами права, в их основу должны быть положены общие правовые идеи [Земскова П.Е., 1981: 42] и др.

Таким образом, нет единой точки зрения на то, что понимается под общими принципами права, какова их правовая природа и роль в правовом регулировании.

В доктрине международного права получили распространение различные подходы к предназначению общих принципов права. Общий подход заключается в том, что дополнить международное право, когда оно не способно удовлетворить существующими договорными и обычными источниками, могут принципы, сложившиеся на внутригосударственном уровне. Основная функция общих принципов права заключается в заполнении пробелов (лакун) в международно-правовых нормах, основанных на договорах и обычаях, для того чтобы избежать неясности (*non liquet*). В то же время использование судом того или иного общего принципа не означает автоматической ликвидации пробела или устранения коллизии. Такие принципы позволяют «преодолеть» неопределенность правового регулирования в споре. Восполнение же пробела и разрешение коллизии осуществляется в процессе правотворчества [Земскова П.Е., 2010: 128]. Также считается, что общие принципы права служат средством толкования других норм международного права, инструментом усиления правовой аргументации и даже средством укрепления системного характера международного права<sup>9</sup>.

И.И. Лукашук, говоря, что ст. 38 была сформулирована после Первой Мировой войны для Постоянной Палаты Международного Правосудия, указывал на незначительность нормативного материала того времени, связанного с общими принципами права [Лукашук И.И., 2005: 115]. Сам Международный Суд, как и его предшественник, прямо ссылались на общие принципы права по смыслу статей своих соответствующих статутов лишь в нескольких случаях<sup>10</sup>. Это были или решения судов, или консультативные заключения<sup>11</sup>. Вместе с тем ссылки на общие принципы права можно найти во многих договорах, заключенных после принятия статутов этих судебных органов,

<sup>9</sup> Док. ООН, А /CN.4/732, с. 7/79, 8/79.

<sup>10</sup> Док. ООН, А /CN.4/732, с. 38/79.

<sup>11</sup> См., например.: *Effect of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th, 1954*; *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at p. 23; *Effect of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th, 1954: I.C.J. Reports 1954*, p. 47, at p. 53; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 37, para 50; *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 166, at p. 181, para 36 и др.

будь то для целей установления права, подлежащего применению судами и трибуналами, или для определения сферы охвата материально-правовых положений<sup>12</sup>. Они использовались в межгосударственном арбитраже. Их можно найти в решениях и постановлениях Международного уголовного суда, Международного трибунала по бывшей Югославии, Международного уголовного трибунала по Руанде и Специального суда по Сьерра-Леоне. Они используются Европейским судом по правам человека при толковании Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950). Общие принципы права можно встретить и в решениях современных национальных судебных органов. Ныне использование общих принципов не ограничивается вопросами международного судопроизводства и охватывает иные вопросы правоприменения.

Следует отметить, что в науке международного права сложился устойчивый подход, согласно которому в основе общих принципов права лежат принципы, свойственные как национальному, так и международному правопорядку. Однако они должны быть признаны так называемыми «цивилизованными нациями».

Использование термина «цивилизованные нации» является самым обсуждаемым вопросом в научных работах, посвященных общим принципам права, обозначенным в ст. 38 Статута Международного суда. Противники использования данного термина составляют основную массу ученых. Они считают его анахронизмом: все нации, по их мнению, в настоящее время цивилизованы. Были также предложены такие термины, как «международное сообщество государств», «международное сообщество государств в целом», «международное сообщество в целом», «сообщество наций» и др. По мнению М. Васкес-Бермудеса термин «международное сообщество» (“community of nations”) является наиболее подходящим<sup>13</sup>, а в контексте конкретного признания им предложено использование термина «общие принципы права, признанные государствами»<sup>14</sup>. На наш взгляд, ввиду того что в настоящее время весьма проблематично внести изменения в Статут Международного Суда, целесообразно применить по данному вопросу теорию эволюционного толкования и использовать предложенный подход.

Применительно к обычным нормам международного права государствами, как известно, признается в качестве юридически обязательных их всеобщая практика, а, точнее, правило поведения, которое должно лежать в основе регулирования межгосударственных отношений. При этом практика должна соответствовать требованиям обычного нормообразования. По во-

---

<sup>12</sup> Док. ООН, A/CN.4/732, с. 32/79.

<sup>13</sup> Док. ООН, A/CN.4/741, с. 3/67, 5/67.

<sup>14</sup> Док. ООН, A/CN.4/732, с. 78/79.

просу признания государствами общих принципов права можно выделить два возможных варианта. Первый — если речь идет о принципах, вытекающих из национальных правовых систем, признание, носит внутригосударственный уровень. Принципы, которые, например, можно пользоваться при разрешении споров в Международном Суде, признаются правовыми как нормы внутригосударственного права. Второй — если речь идет о принципах, сформированных в рамках международно-правовой системы. В таком случае признание общих принципов права осуществляется государствами уже как норм международного права.

Существует общее мнение, что общие принципы права, подобно нормам международного обычного права, являются общеприменимыми<sup>15</sup>, на что обратил внимание и Международный Суд в деле «Континентальный шельф Северного моря»<sup>16</sup>. Согласно его позиции, нормы общего международного права, какими являются и общие принципы права, «имеют равную силу для всех членов международного сообщества»<sup>17</sup>. Вместе с тем, на наш взгляд, «общность» как характеристика принципов согласно п. «с» ст. 38 Статута Международного Суда отражает не только общность принципов как таковых, а свидетельствует об их распространенности.

Определение состава и количества государств, признающих принцип права, чтобы в результате этого наступило его новое качественное состояние — общность принципа права, его универсальность, т.е. всеобщая обязательность, например при рассмотрении конкретных межгосударственных споров, является сложным научным вопросом. М. Васкес-Бермудес поддержал тезис, что общее международное право охватывает общие принципы права, и сделал вывод, что общие принципы права по смыслу п. «с» ст. 38 Статута Международного Суда являются универсально применимыми. При этом он не исключил возможности существования общих принципов права, имеющих региональную или двустороннюю сферу применения<sup>18</sup>.

П.Е. Земскова предлагает говорить об общих принципах права, признаваемых не всеми, но «большинством» правовых систем. Она считает, что применение такого ограничительного подхода разумно, поскольку попытки отыскать единые по форме и содержанию принципы абсолютно во всех государствах мира нерезультативны [Земскова П.Е., 2010: 49, 148]. В доктрине международного права используются также такие термины, как «подавляющее большинство внутригосударственных правовых систем мира», «достаточно большое число национальных правовых систем» и «большинство

<sup>15</sup> Док. ООН, A/CN.4/706, п. 48.

<sup>16</sup> North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969.

<sup>17</sup> Док. ООН, A/CN.4/741, с. 9/67.

<sup>18</sup> Док. ООН, A/CN.4/706, п. 51.

законодательных актов»<sup>19</sup>. Однако это скорее не количественные, а качественные характеристики потенциально признающих тот или иной принцип государств. Отдельные ученые вообще призывают отказаться от точных показателей, а прибегают к абстрактным характеристикам, что может привести к субъективным и не основанным на праве оценкам.

Понятие «правовая система» в доктрине права, как правило, рассматривается как совокупность правовых институтов, норм, принципов и представлений, объединенных общими системообразующими связями, имеющих сходную форму выражения и свойственных группе государств, имеющих общие историко-правовые корни [Земскова П.Е., 2010: 32]. К числу сложившихся и признанных правовых систем права по правовым семьям принято относить «англо-американскую», «дальневосточную», «германскую», «индуистскую», «исламскую», «скандинавскую» (страны Северной Европы) и «романскую» правовые семьи. Эта методология прочно укоренилась в практике государств, международной юриспруденции и литературе и требует, по сути, компаративного анализа национальных правовых систем с тем, чтобы показать, что тот или иной принцип является для них общим и, таким образом, признан международным сообществом<sup>20</sup>. Есть и другие подходы к оценке репрезентативности общности принципов права, например, учет в интересах указанной оценки состава государств различных регионов мира. Отмечается, что недостаточно «выявить» общий принцип среди основных правовых систем, если отсутствует географическая представленность. Например, общий принцип, разделяемый европейскими странами континентального права, должен быть также определен в других странах континентального права, расположенных в разных географических районах и цивилизациях, принадлежащих к разным цивилизациям<sup>21</sup>.

Р. Давид и К. Жоффре-Спинози на основании критериев идеологических и технико-юридических, причем используемых не изолированно, а в совокупности, предлагают выделять группу религиозных (мусульманское, индусское, иудейское право) и традиционных (правовые системы Дальнего Востока, правовые системы Африки и Мадагаскара) правовых систем, систему общего права, романо-германскую правовую систему [Давид Р., Жоффре-Спинози К., 1999: 18-28]. Ряд ученых не одобряет столь формального подхода и выражает опасение, что принципы, общие для государств, принадлежащих к разным правовым системам, могут носить одинаковое название, но при этом иметь кардинально различное содержание, что определяется историческими, социальными (возможно, даже «цивилизацион-

---

<sup>19</sup> Док. ООН, A/CN.4/732, с. 68/79.

<sup>20</sup> Док. ООН, A/CN.4/741, с. 19/67, 8/67.

<sup>21</sup> Док. ООН, A/CN.4/741, с. 18/67.

ными») особенностями их формирования [Земскова П.Е., 2010: 38]. Проект Вывода 5 («Определение существования принципа, общего для основных правовых систем мира»), разработанного в Комиссии МП, предусматривает, что для определения существования этого принципа необходим компаративный анализ национальных правовых систем. Он должен быть широким и репрезентативным и охватывать различные правовые семьи и регионы мира, а также включать в себя оценку национального законодательства и решений национальных судов<sup>22</sup>.

Одним из интересных вопросов является проблема соотношения общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, и обычных норм международного права. В этом вопросе наблюдаются разногласия между сторонниками раздельного существования общих принципов права и обычных норм международного права и учеными, утверждающими, что они имеют одинаковую природу. Узловой момент пересечения признаков, присущих этим нормам, коллизию данных вопросов можно наблюдать в Выводах 2 и 6 о выявлении международного обычного права, принятых к сведению в резолюции № 73/203 Генеральной Ассамблеи ООН от 20.12. 2018<sup>23</sup>.

Так, в Выводе 2 для определения существования и содержания нормы международного обычного права предлагается выявить, имеется ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (*opinio juris*). В свою очередь, в Выводе 6 к числу возможных форм практики, в частности, относятся «законодательные и административные акты», а также «решения национальных судов». Тогда встает вопрос: в чем же разница между такого рода обычными нормами международного права и общими принципами права, вытекающими из национальных правовых систем, которые должны быть признаны цивилизованными нациями? Согласно позиции М. Васкес-Бермудеса, это частичное совпадение проявляется в характере признания и объекте признания. По его мнению, чтобы норма международного обычного права существовала, должна существовать всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (сопровождаемая *opinio juris*). Общие принципы права, напротив, должны быть признаны международным сообществом<sup>24</sup>.

В целом поддерживая точку зрения специального докладчика, следует заметить, что общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, на наш взгляд, также могут отражать всеобщую законодательную и судебную практику и стать основой формирования международных обычаев, если, конечно, такая практика соответствует определенным требованиям. Главным здесь, по нашему мнению, является вопрос о том, каким образом

<sup>22</sup> Док. ООН, A/CN.4/741, с. 40/67.

<sup>23</sup> Док. ООН, A/RES/73/203.

<sup>24</sup> Док. ООН, A /CN.4/732, с. 39/67, 41/67, 58/67.

государства выражают свое отношение к такой практике: рассматривают ее как норму внутрисударственного права, его общий принцип и (или) признают ее в качестве обычной нормы международного права (*opinio juris*).

В доктрине международного права сложилась точка зрения, что общие принципы могут вытекать из самой международно-правовой системы. Однако данный вопрос является недостаточно разработанным. По мнению Г.И. Тункина, общие принципы» — это принципы не только общие для национальных правовых систем права, но одновременно и свойственные международному праву [Тункин Г.И., 2000: 179]. Этот подход нашел отражение и в докладе М. Васкес-Бермудеса, предложившего методику выявления такого рода принципов. В то же время в Комиссии МП при выработке данного проекта отмечалась неоднозначная поддержка такой точки зрения. Это было обусловлено озабоченностью членов Комиссии тем, что критерии выявления общих принципов права, подпадающих под такую категорию, должны быть строгими, и что эти общие принципы не должны рассматриваться в качестве легкого способа отсылки к нормам международного права<sup>25</sup>.

Для определения существования и содержания общего принципа права, сформированного в международно-правовой системе, М. Васкес-Бермудес предлагает установить, что принцип широко признан в договорах и других международных документах, например, в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН. К числу таких документов предлагается, в частности, относить резолюции Генеральной Ассамблеи ООН. В качестве примера обычно приводятся принципы международного права, признанные Уставом Международного Военного Трибунала для судебного преследования и наказания главных военных преступников европейских стран оси (1945), нашедшие выражение в решении этого Трибунала, а также реализацию в его практике (Нюрнбергские принципы). В дальнейшем Генеральная Ассамблея ООН 11.12.1946 подтвердила эти принципы, единогласно приняв резолюцию № 95 (I). Кроме того, данные принципы рассматривались государствами в качестве общих принципов права по смыслу п. «с» ст. 38 Статута Международного Суда во время принятия Международного пакта о гражданских и политических правах (1966) и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод<sup>26</sup>. Также выделяют такие общие принципы, как принцип, воплощенный в клаузуле Ф. Мартенса, принцип «загрязнитель платит»<sup>27</sup> и др.

Кроме того, общий принцип права, сформированный в рамках международно-правовой системы, может лежать в основе общих норм международного конвенционного или обычного права. Методология, предложенная

---

<sup>25</sup> Док. ООН, А /CN.4/732, с. 43/67.

<sup>26</sup> Док. ООН, А /CN.4/741, с. 44/67, 45/67.

<sup>27</sup> Док. ООН, А /CN.4/741, с. 44-49/67.

М. Васкес-Бермудесом, заключается в том, что в этих случаях признание, требуемое для существования общего принципа права в соответствии с п. «с» ст. 38 Статута Международного Суда, вытекает из общего признания норм, в основе которых они лежат. По его мнению, эта методология, по сути, дедуктивна, а для выявления таких принципов необходимо рассмотреть нормы международного права и вывести принципы, лежащие в их основе. Выявленный таким образом принцип может применяться независимо от соответствующих норм международного конвенционного или обычного права и даже в отсутствие последних. Этот принцип, другими словами, не является частью норм, из которых он был выведен<sup>28</sup>.

Общий принцип права, вытекающий из международно-правовой системы, как предлагается в Выводе 7 «Выявление общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы» Проекта Комиссии МП, может быть также присущ основным чертам и основополагающим требованиям международно-правовой системы<sup>29</sup>.

Общие принципы права, сформировавшиеся в рамках международно-правовой системы, также как и вытекающие из национальных правовых систем, носят объективный характер, несмотря на субъективный характер их выявления. Они основываются на нормах международного права, но обладают и своего рода автономностью, которой, как известно, обладают и обычные нормы международного права, кодифицированные в международных договорах. Международный договор теоретически может прекратить свое действие, а общие принципы права будут продолжать существование, если не утратят актуальности. Например, Международный Суд в таком случае может использовать общий принцип права, вытекающий из национальных правовых систем или сформированный в рамках международно-правовой системы. Как отметил этот судебный орган, соответствующие принципы (осуждения преступления геноцида и наказания за него) лежат в основе Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (1948) и являются обязательными для государств даже в отсутствие в данной Конвенции. Признание этих принципов международным сообществом можно считать отраженным в этом международном договоре, а также в резолюции № 96 (I) Генеральной Ассамблеи<sup>30</sup>.

Количественный и качественный состав признающих государств, необходимый для универсальности принципа, сформировавшегося в рамках международно-правовой системы, чтобы он стал общим принципом права и элементом общего права, как на практике, так и в его доктрине до сих

<sup>28</sup> Док. ООН, А /CN.4/741, с. 43/67, 53/67.

<sup>29</sup> Док. ООН, А /CN.4/741, с. 43/67.

<sup>30</sup> Док. ООН, А /CN.4/741, с. 48/67.

пор не определен. Утверждение, что такие общие принципы права являются обязательными в силу факта их отражения в международных договорах и международных документах универсального характера, на наш взгляд, не является убедительным. Как известно, в основе функционирования международного права лежит концепция согласия на обязательность его норм.

Если в отношении широкой признанности общих принципов, вытекающих из международных обычаев, вопросов не возникает, то в отношении такого рода принципов, основанных на международных договорах, которые, как правило имеют ограниченный состав участников, требуется дополнительный анализ. По сути, такого рода принципы должны стать обязательными для государств, которые не являются участниками конкретных международных договоров. В настоящее время предлагаются лишь общие оценки по данному вопросу. На наш взгляд, здесь применимы подходы, используемые при оценке всеобщности признания обычной нормы международного права. Однако это чрезмерно сближает обычные нормы международного права и общие принципы права, размывает границы между ними. На практике нелегко установить, относятся ли те или иные принципы к общим принципам права или к принципам международных обычаев. Здесь важно, на наш взгляд, подвергнуть анализу характер признания государствами принципов в качестве общих принципов права или международных обычаев. В настоящее время это затруднительно сделать ввиду еще недостаточных сведений о практике использования общих принципов права, а также слабой научной проработки данного вопроса в доктрине международного права.

Таким образом, реализация рассмотренных подходов требует тщательно-го анализа и комплексного рассмотрения как количественного, так и качественного состава стран, признающих общие принципы права, для определения их универсальности, и желательно дальнейшее правовое закрепление соответствующих критериев.

Относительно международно-правовой природы общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы, сомнений нет. Однако являются ли эти нормы-принципы самостоятельным источником международного права? По нашему мнению, только условно и только для того, чтобы отличать их в плане последовательности применения позиций «а», «b» и «с», указанных в ст. 38 Статута Международного Суда. При этом речь идет опять о принципах как нормах международного права, находящих отражение в международных договорах и международных обычаях или вытекающих из них, а не о появлении нового источника международного права. Заметим, что если общий принцип права, сформировавшийся в международно-правовой системе, выведен на основе дедукции из общих норм международного обычного права, то его обычно-правовая сущность остается неизменной, и, на наш взгляд, не имеет смысла использовать этот принцип для заполнения лакун в международном праве.

В настоящее время сложились общие принципы права, которые активно используются в международно-правовой практике. Так, например, выделяют общие принципы, содержание которых характеризуется предельной обобщенностью, и конкретные общие принципы.

К общим принципам, содержание которых характеризуется предельной обобщенностью, содержащим основные идеи, исходные положения, ведущие начала процесса формирования международного права, его развития и функционирования, относят принципы: гуманизма; добросовестности; единства прав и обязанностей; обеспечения судебной защиты нарушенных прав; равноправия; справедливости и др. Такие принципы права являются структурной основой правопорядка, формируя общее направление для правотворческой, правоприменительной и правоохранительной деятельности. Обладая авторитетом, они способствуют упрочению внутренней целостности и обеспечивают взаимодействие различных отраслей и институтов, правовых норм и правовых отношений, субъективного и объективного права [Земскова П.Е., 2010: 85, 144].

К конкретным общим принципам причисляют: договор (закон) обратной силы не имеет; никто не может передать прав больше, чем сам имеет (*nemo in alium potest transferre plus juris quam ipse habet*); равный над равным власти не имеет; право не может возникнуть из правонарушения (*jus ex injuria non oritur*) и др. Кроме того, активно используются в правоприменительной практике сформулированные еще древнеримскими юристами такие конкретные общие принципы права юридической техники или принципы толкования правовых документов, как: специальный договор (закон) имеет приоритет над общим (*lex specialis derogat generalis*); последующий договор (закон) имеет приоритет над предыдущим (*lex posteriori derogat legi priori*); в договорах следует исходить из намерения сторон, а не из одних только употребленных ими слов (*in conventionibus contrahendum voluntas potius quam verba spectari placuit*); когда разрешено большее, меньшее считается разрешенным (*quando locet id quod majus, videtur licere id quod minus*); норма с большей юридической силой отменяет норму с меньшей силой и др. [Черниченко С.В., 2014: 106]. Заметим, что данные принципы одновременно присущи как национальному, так и международному праву.

Выделяют общие принципы, применимые только в определенной отрасли или группе отраслей права. Так, в вопросах судопроизводства используются, например, такие общие принципы права, как: право на доступ к суду; равноправия (равенство всех перед законом); законности (*nullum crimen sine lege* и *nulla poena sine lege*); справедливости; бремя доказывания возлагается на истца (*actori incumbit onus probandi*); отрицательные положения не доказываются (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*); всякое сомнение толкуется в пользу обвиняемого (*in dubio pro reo*); ответственность наступа-

ет только за вину (*nulla poena sine culpa*); да будет выслушана и вторая сторона (*audiatur et altera pars*); никто не может сослаться в свое оправдание на незнание закона (*ignorantia non est argumentum*); обман уничтожает юридические последствия (*fraus omnia corrumpit*); принцип «решенного дела» (*res judicata*); ответственности только за вину; недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела (*res judicata* или *res judicata pro veritate habetur*); *non-bis-in-idem*; правовой определенности и др. [Земскова П.Е., 2010: 27, 94]. В международном уголовном судопроизводстве и в международном праве прав человека нередко используются такие общие принципы уголовного права, как «*nullum crimen sine lege*» (лицо не подлежит уголовной ответственности по настоящему закону, если только соответствующее деяние в момент его совершения не образует преступления, подпадающего под юрисдикцию суда), «*ratione personae*» (отсутствие обратной силы, т.е. лицо не подлежит уголовной ответственности в соответствии с настоящим законом за деяние до вступления закона в силу)<sup>31</sup> и др.

Следует учитывать, что все общие принципы права тесно переплетены и взаимосвязаны между собой как в рамках описанных групп, так и вне их границ [Земскова П.Е., 2010: 86]. Многие из них нашли отражение в международных договорах и международных обычаях и дополнительно носят обычно-правовой или договорно-правовой характер.

## **2. Механизм транспонирования общих принципов, вытекающих из национальных правовых систем, в систему международного права**

Как показывает практика, основной объем общих принципов права составляют принципы, сформировавшиеся на внутригосударственном уровне. По мнению А. Фердросса, общие принципы права — это принципы национальных правовых систем цивилизованных государств, которые уже получили позитивное выражение в действующих правовых системах государств [Фердросс А., 1959: 45]. В то же время нормы внутригосударственного права, какими являются и общие принципы права, как известно, регулируют внутригосударственные отношения. Придерживаясь дуалистической концепции соотношения международного права и внутригосударственного права, теоретически непосредственное использование этих принципов, например, для урегулирования межгосударственных споров в Международном Суде, невозможно ввиду их иной, чем у норм международного права, правовой природы. По мнению М. Васкес-Бермудеса, внутригосударствен-

---

<sup>31</sup> Римский статут Международного уголовного суда. Available at: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/pdf/rome\\_statute\(r\).pdf](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/rome_statute(r).pdf) (дата обращения: 26.05.2021)

ное право и международное право обладают уникальными особенностями и различаются по многим важным аспектам<sup>32</sup>. И.И. Лукашук отмечал, что механизм действия внутреннего права непригоден для регулирования международных отношений так же, как международное право не способно регулировать внутриобщественные отношения [Лукашук И.И., 2005: 266]. Вместе с тем внутригосударственные общие принципы права, признанные цивилизованными нациями и применяемые Международным Судом при рассмотрении межгосударственных споров, должны быть каким-либо образом перенесены в международно-правовую систему. Согласно ст. 38 Статута Суда, этот международный судебный орган обязан решать переданные ему споры на основании международного права.

В доктрине международного права обычно рассматриваются дуалистический и монистические подходы к соотношению международного и внутригосударственного права. Как правило, общей научной задачей здесь является вопрос о применимости норм международного права, регулирующих межгосударственные отношения, к действию в рамках внутригосударственной правовой системы. Учеными для этих целей предлагаются самые различные искусственные способы, например, путем использования правил или положений, содержащихся в нормах международного права (согласно ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, если международным договором Российской Федерации предусмотрены иные правила, чем законом, то применяются правила международного договора). Как отмечал И.И. Лукашук, внутригосударственная правовая система воспринимает не международное право, как особую систему права, а лишь содержание его норм. В результате соответствующие нормы сохраняют в международном праве свой статус, не претерпевая каких-либо изменений [Лукашук И.И., 2005: 266, 267].

Вспомогательным условным средством, позволяющим использовать нормы международного права на внутригосударственном уровне, является механизм трансформации. При этом в доктрине международного права предлагаются самые различные ее способы, например, генеральная трансформация, рецепция и отсылка или же общая или индивидуальная трансформация, прямая или опосредованная трансформация, общая (генеральная) отсылка, (специальная) отсылка, общая и специальная рецепция [Гетьман-Павлова И.В., Постникова Е.В., 2019: 96, 97] и т.п. С этой целью используется и термин «транспонирование» (transposition, т.е. перенос, перемещение)<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Док. ООН, А /СN.4/741, с. 26/67.

<sup>33</sup> См.: ст. 17 (Транспонирование (перенос) правовых норм Директивы в национальное законодательство) Директивы Совета Европейского союза 2003/48/ЕС от 03.06.2003 «О налогообложении дохода от накопления сбережений в форме выплаты процентов» (утратила силу).

В нашем случае, как указано выше, возникает необходимость использования на межгосударственном уровне внутригосударственных норм в виде общих принципов права. Здесь можно услышать о необходимости использования с данной целью того же термина «транспонирование».

Исследование механизма транспонирования общих принципов внутригосударственного права в систему международного права является, на наш взгляд, интересным как с научной, так и практической стороны. Однако в доктрине международного права его теоретическая сторона еще не разработана. В докладе М. Васкес-Бермудеса в основном указывается на возможность использования транспонирования без пояснения, каким образом это происходит. В предложенном им Комиссии МП проекте Вывода 6 «Установление транспонирования в международно-правовую систему» отмечается лишь, что принцип, общий для основных правовых систем мира, транспонируется в международно-правовую систему, если он совместим с основополагающими принципами международного права и существуют условия его адекватного применения в международно-правовой системе<sup>34</sup>.

Транспонирование не происходит автоматически<sup>35</sup>. На наш взгляд, в международном праве в рамках транспонирования можно использовать подход, согласно которому правило, содержащееся в общем принципе внутригосударственного права, а точнее — его диспозиция и гипотеза, искусственно переносится в международно-правовую среду для дальнейшего регулирования межгосударственных отношений. Это конечно, должно осуществляться на основе имеющего юридический характер согласия государств, в частности, в форме международного обычая или международного договора. По мнению Г.И. Тункина, войти в состав международного права общие принципы могут не иначе как путем согласования волей государств, т.е. через международный договор или международный обычай [Тункин Г.И., 2000: 266, 179]. Например, таким образом в международное право могут переноситься внутригосударственные общие принципы права, используемые для международного судопроизводства.

По нашему мнению, возможны следующие способы транспонирования общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, в международное право:

общее или генеральное транспонирование — международно-правовое включение общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, в международное право;

рецепция — отражение общих принципов внутригосударственного права, а, точнее, содержащихся в них правил поведения, в международных договорах или международных обычаях;

---

<sup>34</sup> Док. ООН, А /CN.4/732, с. 39/67.

<sup>35</sup> Док. ООН, А /CN.4/741, с. 26/67.

отсылка — положение международного договора или решения международного судебного органа, согласно которым правоприменитель отсылается к общим принципам права, вытекающим из национальных правовых систем.

В случае общего или генерального транспонирования общие принципы права, сформировавшиеся на внутригосударственном уровне, становятся составной частью международно-правовой системы. Правовым средством такого переноса могут стать положения Вывода 5 «Определение существования принципа, общего для основных правовых систем мира» и Вывода 6 «Установление транспонирования в международно-правовую систему» Проекта Комиссии МП, если данные выводы в ходе дальнейшей практики будут признаны общей обычной нормой международного права или общим принципом права. Возможно закрепление положений выводов и в универсальных международных договорах. Тогда правоприменителям необходимо учитывать состав участников таких договоров. Однако такого рода общие принципы права, на наш взгляд, не могут рассматриваться источником международного права, даже несмотря на их транспонирование искусственным путем на межгосударственный уровень. Аналогично при трансформации норм международного права во внутригосударственное право новый источник внутригосударственного права не создается.

Во втором случае (при рецепции) общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, находят отражение или в международном договоре или международном обычае. Так, в международном договоре может найти закрепление текстуальная формулировка общих принципов права. В свою очередь, в рамках формирования международного обычая государства признают в качестве международно-правовой нормы (*opinio juris*) формулировку общего принципа, сформировавшегося на внутригосударственном уровне. В таких случаях источниками, которые используются международными судами при рассмотрении переданных им дел, традиционно продолжают оставаться международные договоры и международные обычаи. Вопрос о применении п. «с» ст. 38 Статута Международного Суда не возникает, несмотря на то что соответствующие общие принципы права никуда не исчезают.

Отсылки к общим принципам права можно, например, найти и в самой ст. 38 Статута Международного Суда, а также в иных международных договорах, где правоприменитель отсылается к «общим принципам права, признанным цивилизованными нациями» или к «общим принципам права»<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Например, п. «с» ст. 38 Статута Международного Суда, а также с отдельными редакционными изменениями ст. 15 Международного пакта о гражданских и политических правах и ст. 7 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод; ст. 143 Соглашения между Новой Зеландией и КНР о свободной торговле (2008); дело «Голдер против Соединенного Королевства» (*Golder v. the United Kingdom*, Judgment, 21 February 1975, Series A, no. 18, para 35).

Например, они обнаруживаются во многих международных договорах, заключенных после принятия Статута Постоянной Палаты Международного Правосудия и Статута Международного Суда, будь то для целей установления права, подлежащего применению судами и трибуналами, или для определения сферы охвата материально-правовых положений<sup>37</sup>. В данном случае речь о создании нового источника международного права также не идет. Отсылки — это, как правило, договорные нормы. Однако их можно встретить и в решениях международных судебных органов.

Заметим, что споры относительно принадлежности общих принципов права к источникам международного права идут давно. Советская школа международного права стояла на том, что общие принципы не являются источником международного права, что они воплощены в международных договорах и международных обычаях. Данный подход поддерживается в настоящее время многими российскими учеными. Так, по мнению П.Е. Земсковой, ни общепризнанные принципы международного права, ни общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, не являются самостоятельными источниками международного права и существуют в системе международного права в качестве элементов договорных или обычных норм [Земскова П.Е., 2010: 150]. В западной же доктрине международного права обозначена приверженность позиции, что общие принципы права являются одним из основных<sup>38</sup> или по крайней мере дополнительным<sup>39</sup> и самостоятельным источником международного права, о чем представители многих государств неоднократно высказывались на международном уровне. Так, самостоятельность общих принципов права как источников международного права утверждал Ш. Руссо [Руссо Ш., 1944: 314]. В докладе М. Васкес-Бермудеса эти принципы предстают именно таковыми, т.е. как общая установка, не подлежащая дополнительному исследованию и обсуждению<sup>40</sup>. Заметим, что Васкес-Бермудес в докладах Комиссии МП рассуждает об общих принципах права то как об источниках, то как о нормах права, не делая между ними различия и указывая, что норма международного обычного права требует наличия «всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы» (сопровождаемой *opinio juris*), а общий принцип права должен быть «признан цивилизованными нациями». Это, по его мнению, говорит о

---

<sup>37</sup> Док. ООН, A/CN.4/732, с. 32/79.

<sup>38</sup> Док. ООН: A/C.6/72/SR.18, п. 80); A/C.6/72/SR.21, п. 15; A/C.6/72/SR.19, п. 87; A/C.6/72/SR.20, п. 20; A/C.6/72/SR.19, п. 33; A/C.6/72/SR.18, п. 38; A/C.6/72/SR.20, п. 75; A/C.6/72/SR.19, п. 54; A/C.6/72/SR.20, п. 68; A/C.6/72/SR.26, п. 137; A/C.6/72/SR.20, п. 24; A.C.6/72/SR.19, п. 12; A/C.6/72/SR.18, п. 92; A/C.6/72/SR.19, п. 86; A/C.6/72/SR.18, п. 157.

<sup>39</sup> Док. ООН, A/C.6/72/SR.19.

<sup>40</sup> Док. ООН, A/CN.4/732, с. 4/79.

том, что эти два источника различны и их не следует путать<sup>41</sup>. По сути, здесь приравниваются две категории — «форма» и «содержание», т.е. источники и содержащиеся в них нормы. В решениях Международного Суда, как правило, речь идет об общих принципах как нормах международного права, а не об источнике международного права.

Формальная определенность, как известно, является специфическим и необходимым свойством международного права [Лукашук И.И., 1996: 9]. По мнению С.В. Черниченко, источниками международного права являются формы, в которых оно воплощается, существует. Они, согласно его точке зрения, представляют собой внешнюю фиксацию результатов правотворческого процесса в межгосударственной сфере и отражают специфику этого процесса [Черниченко С.В., 2014: 38]. Общепризнанным является подход, согласно которому, если нормы международного права представляют собой необходимую внутреннюю форму существования международного права, то его внешней формой считаются источники международного права. По мнению И.И. Лукашука, поскольку источники являются официально-юридической формой существования норм, то круг источников должен быть установлен международным правом [Лукашук И.И., 1996: 8]. Так, международные договоры, как известно, являются внешней формой закрепления договорных норм международного права, а международный обычай — обычных норм международного права. Вместе с тем еще нет убедительного ответа на вопрос: в какой форме тогда закрепляются общие принципы международного права? Они сами по себе являются источниками международного права? В таком случае форма и содержание общих принципов права совпадают, что не совсем корректно. При этом сразу отметим, что в правовой доктрине не распространено мнение, что понятие «принципы» и понятие «источники международного права» являются синонимами.

Рассматривая вопрос применимости в международно-правовой системе общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, следует заметить, что в доктрине международного права сформировалась позиция: общие принципы права, сложившиеся на внутригосударственном уровне, должны быть совместимы с международно-правовыми вопросами, применимы в международно-правовой системе<sup>42</sup>. По мнению П.Е. Земсковой, чтобы та или иная норма, значимая для всех национальных правовых систем цивилизованных государств, приобрела статус общего принципа права, она, в первую очередь, должна быть признана государствами в качестве применимой в международном праве [Земскова П.Е., 2010: 47]. Выполнение данного условия определяется общностью предмета регулирования

<sup>41</sup> Док. ООН, А /CN.4/732, с. 8/79.

<sup>42</sup> Док. ООН, А /CN.4/732, с. 9/79, 70/79.

во внутригосударственном и международном праве. Также в расчет может приниматься целевое предназначение общих принципов, если они как на внутригосударственном, так и на международно-правовом уровне решают одинаковые задачи.

### **3. Общие принципы права в российской правовой системе**

Важным для правоприменения является вопрос, насколько обязательными для Российской Федерации (далее — РФ) являются общие принципы права? Как известно, согласно ч. 4 ст. 15 Конституции составной частью российской правовой системы являются общепризнанные принципы международного права. Насколько общепризнанные принципы международного права соотносятся с общими принципами права?

Постановление Пленума Верховного Суда России от 10.10.2003 №5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», на наш взгляд, необоснованно узко дает определение общепризнанным принципам международного права, под которыми предлагается понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо. Видимо, здесь не учтены и отраслевые (специальные) общепризнанные принципы международного права, которые могут и не носить императивного характера. Открытым в данном Постановлении остается вопрос и о месте общих принципов права в отечественной правовой системе.

На наш взгляд, формально общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, не обозначены в ч. 4. ст. 15 Конституции РФ и таким образом не входят в правовую систему РФ. Возможность их транспонирования в международно-правовую систему в интересах их дальнейшего правоприменения не придает им статуса общепризнанных принципов международного права. Исключение применительно к отечественной правовой системе составляет ситуация, если такого рода принципы одновременно являются и общими принципами, сформированным в рамках международно-правовой системы, или нашли отражение в самой Конституции страны и являются, таким образом, конституционными положениями. Например, такая возможность существует в отношении свойственного как международно-правовой, так и внутригосударственно-правовой системам принципа «*pacta sunt servanda*», а также в отношении упоминаемых ранее общих принципов права юридической техники (специальный договор (закон) имеет приоритет над общим, последующий договор (закон) имеет при-

оритет над предыдущим и др.), общим принципам судопроизводства (право на доступ к суду, ответственность наступает только за вину и др.), а также общим принципам, содержание которых характеризуется предельной обобщенностью (принципы гуманизма, добросовестности, единства прав и обязанностей и др.) и т.п. Общий принцип права «всякое сомнение толкуется в пользу обвиняемого (*in dubio pro reo*)» нашел отражение и в п. 1 ст. 49 российской Конституции, согласно которому неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого.

Безусловно к числу общепризнанных принципов международного права относятся общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы. В российскую правовую систему входят и общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, посредством их отражения (путем рецепции) в международных обычаях, в отношении которых Россия настойчиво не возражает, и в ее международных договорах. Но они таким образом становятся соответственно или обычно-правовыми или (и) договорно-правовыми принципами и не заполняют лакуны в праве, на что должны быть направлены общие принципы права по смыслу предназначения п. «с» ст. 38 Статута Международного Суда.

Вместе с тем самостоятельным элементом российской правовой системы согласно ч. 4 ст. 15 Конституции России являются и международные договоры России, к числу которых относится и Устав ООН со Статутом Международного Суда, в котором наряду с международными договорами и международными обычаями к применимому праву причисляются в качестве отсылки и общие принципы права. Тогда встает вопрос: а является такого рода отсылка основанием для применения общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, в российской правовой системе? На наш взгляд, здесь налицо коллизия положений, содержащихся в первом предложении ч. 4 ст. 15 Конституции.

В данном вопросе, конечно, желательно официальное толкование Конституционного Суда. Вместе с тем согласно новым поправкам к Конституции, нашедшим отражением в ее ст. 79, решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров в их истолковании, противоречащем Конституции, не подлежат исполнению. Кроме того, согласно п. 5.1 ст. 125 Конституции Конституционный Суд в порядке, установленном федеральным конституционным законом, разрешает вопрос о возможности исполнения решений межгосударственных органов, принятых на основании положений международных договоров России (каким является и Устав ООН со Статутом Международного Суда, являющийся его неотъемлемой частью — прим. автора), в их истолковании, противоречащем российской Конституции. На наш взгляд, при противоречии тех или иных международных норм Конституции России, их применение невозможно.

Исходя из сказанного, решения Международного Суда и других международных судебных органов, основанные на использовании общих принципов права, вытекающих только из права иностранных государств, но не собственные Конституции и в целом российскому законодательству, по нашему мнению, распространяться на Россию не могут. Для решения данной проблемы, на наш взгляд, желательно транспонирование путем рецепции совместимых с Конституцией общих принципов, вытекающих из национальных правовых систем, в международные договоры Российской Федерации. В отношении общих принципов, сформированных в рамках международно-правовой системы, решения Международного Суда и других международных судебных органов, по нашему мнению, могут выполняться в полном объеме.

Данный подход в целом относится и к другим (несудебным) вопросам применения не противоречащих Конституции России общих принципов права, если возможность их использования предусмотрена международными договорами или международными обычаями, если, конечно, в отношении таких обычаев нет настоячивых возражений нашего государства.

## **Заключение**

Общие принципы права целесообразно относить не к источникам международного права, а к применимому праву. Еще до принятия Статута Постоянной Палаты Международного Правосудия многие договоры, заключенные для разрешения споров в XVIII — начале XX веков, содержали широкие положения применимого права<sup>43</sup>. Данная практика в дальнейшем получила распространение в уставных документах многих международных судебных органов, где используется термин «применимое право» для обозначения как источников международного права и внутригосударственного права, так и групп норм, регулирующих те или иные специальные вопросы при рассмотрении судебных дел. Так, согласно ст. 21 «Применимое право» Римского статута Международного уголовного суда (1998)<sup>44</sup>, Суд применяет: во-первых, настоящий Статут, Элементы преступлений и свои Правила процедуры и доказывания; во-вторых, в соответствующих случаях применимые международные договоры, принципы и нормы международного права, включая общепризнанные принципы международного права вооруженных конфликтов. Если это невозможно, то Суд применяет общие принципы права, взятые им из национальных законов правовых систем мира, включая,

---

<sup>43</sup> Док. ООН, A/CN.4/732, с. 22/79.

<sup>44</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (Rome, 17 July 1998), United Nations, Treaty Series, vol. 2187, no. 38544, p. 231.

соответственно, национальные законы государств, которые при обычных обстоятельствах осуществляли бы юрисдикцию в отношении данного преступления, при условии, что эти принципы не являются несовместимыми с настоящим Статутом, с международным правом и международно-признанными нормами и стандартами. Аналогично в ст. 23 «Применимое право» Раздела 2 «Компетенция» Статута Международного трибунала по морскому праву Конвенции ООН по морскому праву (1982)<sup>45</sup> Трибунал разбирает все споры и заявления в соответствии со ст. 293, согласно которой Суд или арбитраж, обладающий компетенцией на основании настоящего Раздела, применяет настоящую Конвенцию и другие нормы международного права, не являющиеся несовместимыми с настоящей Конвенцией. Ни у кого не возникает сомнений, что приведенный в указанных международных договорах список правовых средств не является перечислением источников международного права, что нередко можно услышать в отношении положений ст. 38 Статута Международного Суда.

Таким образом, общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, не являются каким-либо отдельным, отличным от международных договоров и международных обычаев источником международного права, а являются транспонированными нормами внутригосударственного права или международно-правовыми нормами, имеющими характер принципов, сформированных в рамках международно-правовой системы. Их можно отнести к применимому праву, элементы которого можно встретить в учредительных договорах о создании международных судебных органов. Отчасти поддержать позицию сторонников доктрины отнесения данных общих принципов права к источникам международного права, можно лишь условно.



### Библиография

- Алексеев С.С. Общая теория права. Курс в 2-х томах. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. 361 с.
- Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Вып. 1. Свердловск: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1963. 265 с.
- Гетьман-Павлова И.В., Постникова Е.В. Международное право. М.: Юрайт, 2019. 560 с.
- Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые систем современности / пер. с фр. М.: Междунар. отношения, 1999. 400 с.
- Дурденевский В.Н. Пять принципов // Международная жизнь. 1956. № 3. С. 45–53.
- Земскова П.Е. Общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, в международном праве: дисс... к ю. н. М., 2010. 176 с.

<sup>45</sup> Available at: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/lawsea.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/lawsea.shtml) (дата обращения: 20.06.2019).

- Корецкий В.М. «Общие принципы права» в международном праве. Киев: Академия наук УССР, 1957. 52 с.
- Левин Д.Б. Основные проблемы современного международного права. М.: Госюриздат, 1958. 275 с.
- Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2005. 432 с.
- Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М.: БЕК, 1996. 371 с.
- Лукин П.И. Источники международного права. М.: Изд-во Акад. наук СССР, 1960. 144 с.
- Мицкевич А. В. Советское социалистическое право, его основные принципы и система // Советское государство и право. 1975. N 9. С. 33–45.
- Смирнов О.В. Соотношение норм и принципов в советском праве // Советское государство и право. 1977. N 2. С. 11–18.
- Тункин Г.И. Теория международного права. М.: Зерцало, 2000. 398 с.
- Фердросс А. Международное право / пер. с нем. М.: Иностран. лит., 1959. 652 с.
- Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.
- Явич Л.С. Общая теория права. Л.: ЛГУ, 1976. 286 с.
- Anzilotti D. Corso di diritto internazionale. Roma: Athenaeum, 1928. 475 p.
- Kelsen H. Principles of international law. N.Y.: Holt, Rinehart and Winston, 1967. 602 p.
- Morelli G. Cours général de droit international public. Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1956, vol. 89, pp. 437–604.
- Rousseau Ch. Principes généraux du Droit International Public. Tome I. Introduction. Sources. Paris: Pédone, 1944. 796 p.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 3

### General Principles of Law in the System of International Law



**Yuri S. Romashev**

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



#### Abstract

The general principles of law recognized by civilized nations, as defined in the Statute of the International Court of Justice, remain an important legal tool designed to regulate interstate relations, including those used in the settlement of disputes between states. The need for their application, as a rule, arises when a particular issue is not covered by international treaties and international customs and it is required to fill a gap in international law. At the same time, since the introduction of the term “general principles of law recognized by civilized nations” (hereinafter, general principles of law) into international legal circulation, its official interpretation has not yet been given. In the science of international law, there is also no common position regarding the content of general principles of law, their legal nature, and an unambiguous answer to the question of whether they refer to the sources of international law is not given. Nonetheless, a general approach is emerging, according

to which such principles are general principles of law arising from national legal systems, and general principles formed within the framework of the international legal system. General principles of law arising from national legal systems are the norms of domestic law and remain so regardless of whether there is a need for their use, which is carried out by transposition into the international legal system. The article proposes such methods as: general or general transposition — international legal inclusion of general principles of law arising from national legal systems into international law; reception — a reflection of the general principles of domestic law in international treaties or international customs; reference — a provision of an international treaty or a decision of an international judicial body, according to which the law enforcement officer refers to the general principles of law arising from national legal systems. General principles of law are applicable law, elements of which are often found in the founding treaties establishing international judicial bodies. They can be found in other practice of law enforcement. In author's opinion, the general principles of law can only be conditionally attributed to the source of international law, since they represent the norms of international or domestic law. In this work, an attempt is made to reveal the legal nature of the general principles of law, to reveal their role and place in international law and the Russian legal system.



### Keywords

international law; sources of international law; general principles of law; international customs; international treaties; international relationships.

**For citation:** Romashev Yu.S. (2021) *General Principles of Law in the System of International Law*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 148–174 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.148.174



### References

- Alekseev S.S. (1981) *General theory of law*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 361 p. (in Russian)
- Alekseev S.S. (1963) *General theory of socialist law*. Sverdlovsk: Sredne Ural press, 265 p. (in Russian)
- Anzilotti D. (1928) *Corso di diritto internazionale*. Roma: Athenaeum, 475 p.
- Chernichenko S.V. (2014) *The contours of international law. General issues*. Moscow: Nauchnaya kniga, 592 p. (in Russian)
- David R., Joffre-Spinozi K. (1999) *The main legal systems of our time*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 400 p. (in Russian)
- Durdenevskii V.N. (1956) Five principles. *Mezhdunarodnaya zhizn*, no 3, pp. 45–53 (in Russian)
- Ferdross A. (1959) *International law*. Moscow: Inostrannaya literatura, 652 p. (in Russian)
- Getman-Pavlova I.V., Postnikova E.V. (2019) *International Law*. Moscow: Yurait, 560 p. (in Russian)
- Kelsen H. (1967) *Principles of international law*. New York: Holt, Rhinehart and Winston, 602 p.
- Koreckii V.M. (1957) *General principles of law in international law*. Kiev: Akademia, 52 p. (in Russian)
- Levin D.B. (1958) *Main issues of modern international law*. Moscow: Gosyurizdat, 275 p. (in Russian)

- Lukashuk I.I. (2005) *International Law. Common Part*. Moscow: Wolters Kluwer, 432 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (1996) *International Law. Common Part*. Moscow: BEK, 371 p. (in Russian)
- Lukin P.I. (1960) *Sources of international law*. Moscow: Akademia, 144 p. (in Russian)
- Mickevich A.V. (1975) Soviet socialist law, its basic principles and system. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 9, pp. 33–45 (in Russian)
- Morelli G. (1956) Cours général de droit international public. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 89, pp. 437–604.
- Rousseau Ch. (1944) *Principles généraux du droit international public*. T. I. Paris: Pédone, 796 p.
- Smirnov O.V. (1977) Correlation of norms and principles in Soviet law. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 2, pp. 11–18 (in Russian)
- Tunkin G.I. (2000) *Theory of international law*. Moscow: Zertsalo, 398 p. (in Russian)
- Yavich L.S. (1976) *General theory of law*. Leningrad: University, 286 p. (in Russian)
- Zemskova P.E. (2010) General principles of law recognized by civilized nations in international law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 176 p. (in Russian)

# Специализированные государственные суды — актуальный форум разрешения международных коммерческих споров

---



**А.И. Щукин**

Ведущий научный сотрудник, отдел международного частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Большая Черемушкинская ул., 34. E-mail: pil@izak.ru

---



## **Аннотация**

Государства Азии, Ближнего Востока и Европы совершенствуют коммерческое договорное право, реформируют судебные процедуры и создают инновационные специализированные суды по рассмотрению международных коммерческих споров, чтобы их правовые системы могли играть весомую роль в развитии национальной экономики в условиях мировой глобализации. Создание подобных специализированных судов в ряде стран расширило выбор способов защиты участников мирового бизнес-сообщества. За последние десять-пятнадцать лет международные торговые (коммерческие) суды образованы, в частности, в Казахстане, Китае, Нидерландах, Сингапуре, Франции. Новые инициативы по учреждению подобных судов находятся в стадии реализации — например, в Швейцарии данный вопрос стоит на повестке дня правительственных органов. Распространение международных торговых (коммерческих) судов в Европе, ряде азиатских стран и других регионах мира вызвало значительный интерес как у научного сообщества, так и у практиков. В данной статье содержится основанный на иностранных источниках обзор порядка разрешения международных коммерческих споров специализированными судами. Автор выявляет ключевые особенности, в том числе с точки зрения процессуальных нововведений, и основные причины, вызвавшие создание специализированных торговых судов в рамках правовых систем отдельных государств. Рост количества специализированных судов по рассмотрению международных коммерческих споров обусловлен рядом причин. Среди них выделяются: необходимость укрепления национальной экономики, обеспечение ее конкурентоспособности в глобальном масштабе; рост конкуренции в борьбе за рынок юридических услуг; заинтересованность в обеспечении верховенства права в международной торговой и финансовой деятельности; специализация судебной деятельности; повышение престижа и репутации национального права на международных рынках. Образование международных торговых (коммерческих) судов — это пример того, как государства оказывают поддержку национальной экономике, используя на арене международного бизнеса свою силу в виде судебной системы, предлагая соответствующие комфорт, выгоду и преимущества.

---

## **Ключевые слова**

международные торговые (коммерческие) суды, специализированные государственные суды, международные коммерческие споры, экономическая составляющая правосудия, Сингапурский международный торговый суд, международная палата Апелляционного суда Парижа, суды Дубайского международного финансового центра, форум.

---

---

**Благодарности:** статья подготовлена с использованием данных справочно-информационной системы «КонсультантПлюс».

**Для цитирования:** Шукин А.И. Специализированные государственные суды — актуальный форум разрешения международных коммерческих споров // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 175–207.

УДК: 341.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.175.207

## **Введение**

Определяя десять наиболее значимых актуальных тенденций в области разрешения международных коммерческих споров по всему миру, юридическая фирма «Бейкер и Маккензи» поставила на первое место учреждение международных торговых (коммерческих)<sup>1</sup> судов в отдельных государствах<sup>2</sup>.

Во многих государствах существуют институциональные механизмы для рассмотрения споров из предпринимательской и иной экономической деятельности. На европейском пространстве одним из самых популярных форумов разрешения таких споров принято считать Коммерческий суд в Лондоне — подразделение отделения королевской скамьи Высокого суда правосудия Англии и Уэльса (Commercial Court of Queen's Bench Division of the High Court of Justice)). Причем, как отмечает «Файненшл Таймс»,  $\frac{3}{4}$  тяжущихся сторон в этом суде являются иностранными<sup>3</sup>, т.е. 75% рабочей нагрузки суда не связано с рассмотрением споров, возникших в границах Великобритании. Примерно в 50% случаев обе стороны, участвующие в заседаниях упомянутого суда, являются иностранцами.

---

<sup>1</sup> В настоящей статье термины «торговый», «коммерческий» применительно к обозначению специализированного суда в отдельных странах используются как синонимы.

<sup>2</sup> The Year Ahead: Developments in Global Litigation and Arbitration in 2020: New international courts and cross-border enforcement are among the top dispute resolution trends for 2020. Available at: <https://www.bakermckenzie.com/en/newsroom/2020/01/top-dispute-trends> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>3</sup> Available at: <https://www.ft.com/content/4c33f0c0-e716-11e3-88be-00144feabd0> (дата обращения: 30.03.2021)

Превосходят приведенные показатели лишь суды Нью-Йорка<sup>4</sup>, отражая его положение не только как глобального центра мирохозяйственных связей, но и как финансовой столицы крупнейшей экономики мира. По мнению Б. Острагер (судьи коммерческого отделения Верховного суда данного штата), этот суд — не имеющим аналогов форум разрешения международных коммерческих споров. Участники мирового бизнес-сообщества регулярно выбирают Нью-Йорк в качестве форума для разрешения споров и законы данного штата в качестве применимого права в своих контрактах, чтобы обеспечить предсказуемость и определенность коммерческих договоренностей. Отмечается, что иностранные компании (нерезиденты США) могут и не подумать определить юрисдикцию США в своих международных контрактах, но, выбирая Верховный суд штата Нью-Йорк (его коммерческое отделение), они получают нейтральный форум для разрешения любых споров. Обеспечение беспристрастности особенно важно в контексте громких международных дел, и независимый судья третьего государства гарантирует большую легитимность и определенность результата [Ostrager B., 2020: 17].

За последние 10–15 лет правительства отдельных государств (Нидерландов, Объединенных Арабских Эмиратов, Сингапура), вдохновленные успехом Коммерческого суда в Лондоне, создали в рамках своих национальных правовых систем специализированные суды по рассмотрению международных коммерческих споров. В настоящее время перечень этих судов существенным образом обновился и включает форумы:

суды Дубайского международного финансового центра (Dubai International Financial Centre Courts), 2004 г., Объединенные Арабские Эмираты (ОАЭ);

Международный суд Катара (Qatar International Court), 2009 г.;

суды глобального рынка в Абу-Даби (Abu Dhabi Global Market Courts), 2015 г., ОАЭ;

Сингапурский международный торговый суд (Singapore International Commercial Court — SICC), 2015 г.;

суд Международного финансового центра в Астане (Astana International Financial Centre Court), 2018 г., Казахстан;

палата по международным коммерческим спорам земельного (окружного) суда Франкфурта-на-Майне (Kammer für internationale Handelssachen bei dem Landgericht Frankfurt am Main), 2018 г., Германия;

международные палаты Торгового суда Парижа, 1993 г. / Апелляционного суда Парижа, 2018 г. (chambres internationale du Tribunal de commerce de Paris / Cour d'appel de Paris), Франция;

---

<sup>4</sup> Окружной суд США Южного округа Нью-Йорка провел первое заседание в 1789 г., а коммерческое отделение Верховного суда штата Нью-Йорк образовано в 1995 г.

Китайский международный торговый суд (China International Commercial Court), 2018 г.;

Торговый суд Нидерландов<sup>5</sup> (Netherlands Commercial Court), 2019 г.

В последнем суде сравнительно недавно рассматривался спор между компаниями Subsea Survey Solutions LLC (Москва) и South Stream Transport B.V. (Амстердам). Данные стороны прямо отказались от изначально закрепленного в Соглашении об урегулировании материальных претензий способа разрешения споров посредством арбитража по правилам Международной торговой палаты<sup>6</sup>.

Европейский судебный ландшафт урегулирования международных коммерческих споров находится в постоянном движении: в Баден-Вюртемберге (Германия) 01.11.2020 образованы две специализированные палаты по экономическим спорам в рамках земельного суда: одна в Штутгарте, другая в Мангейме. На сайте данных судебных органов, адаптированных к специфике международных коммерческих споров [Isidro M., 2020], подчеркивается: решения германских государственных судов по гражданским и коммерческим делам в соответствии с Регламентом ЕС «Брюссель I bis»<sup>7</sup> автоматически признаются в других государствах Европейского союза и могут быть относительно быстро и легко исполнены. Признанию и исполнению этих решений в Европейской экономической зоне и Швейцарии способствует Луганская конвенция (2007)<sup>8</sup> между ЕС и Исландией, Норвегией и Швейцарией<sup>9</sup>.

Другие страны Европы, в частности, Швейцария, также рассматривают возможность создания специализированного суда для разрешения международных коммерческих споров. В 2018 г. члены Кантонального совета данного государства призвали этот орган разработать правовую основу для

---

<sup>5</sup> Нидерландский торговый суд по сути — собирательное понятие, элементами которого выступают отдельные палаты в окружном и апелляционном судах Амстердама, специализирующиеся на разрешении международных коммерческих споров.

<sup>6</sup> ECLI:NL:RBAMS:2020:1388. § 4.1. Amsterdam District Court. March 4, 2020.

<sup>7</sup> Regulation (EU) No 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast). OJEU. L 351. 20.12.2012.

<sup>8</sup> Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, Lugano. October 30, 2007. OJEU. L 339/3. 21.12.2007. Луганская конвенция 2007 г. регулирует вопросы юрисдикции и исполнения судебных решений в отношениях между членами ЕС, включая Данию, и странами Европейской ассоциации свободной торговли, за исключением Лихтенштейна (а именно Исландией, Норвегией и Швейцарией). В 2020 г. Великобритания направила депозитарию заявление о присоединении к Луганской конвенции 2007 г. Available at: [https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/autres-conventions/Lugano2/200414-LUG\\_en.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/autres-conventions/Lugano2/200414-LUG_en.pdf) (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>9</sup> Available at: <https://www.commercial-court.de/en/commercial-court> (дата обращения: 30.03.2021)

учреждения Цюрихского международного торгового суда, осознавая, что количество трансграничных коммерческих споров будет увеличиваться в условиях глобализации экономики, а арбитраж не всегда идеален из-за его стоимости и ограниченной возможности оспаривания его решений. Тем самым инициаторы данной идеи надеются укрепить позиции Цюриха в качестве центра правосудия, швейцарского права и экономики<sup>10</sup>.

## **1. Особенности судебной специализации в сфере рассмотрения международных коммерческих споров**

### **1.1. Институциональная характеристика правосудия по международным коммерческим спорам**

Из вышеприведенного перечня форумов видно, что единой институциональной модели для всех обозначенных юрисдикций не существует. Так, Международный суд Катара (точнее — Гражданский и коммерческий суд Катарского финансового центра) учрежден Законом о Финансовом центре Катара (2005)<sup>11</sup> (далее — Закон) и состоит из суда первой инстанции и апелляционного суда, рассматривающих споры в составе трех судей. В п. 4 ст. 8 Закона предусмотрена финансовая и административная автономия данного Суда при праве Совета министров назначать и смещать членов Суда. При условии выполнения Судом его обязательств в соответствии с законом и бюджетным регламентом государство выделяет Суду финансирование (п. 5 и п. 6 ст. 8 Закона). В Правилах процедуры Суда (2011)<sup>12</sup> установлено, что любое его постановление является постановлением судов Катара и может быть приведено последними в исполнение, как и постановление любого другого катарского суда. Все учреждения и органы государства должны выполнять постановление Международного суда Катара, как если бы оно было издано любым другим судом в государстве, и все эти учреждения и органы должны

<sup>10</sup> См.: Motion pro Zurich International Commercial Court. Available at: <https://www.law-news.ch/2019/01/zivilprozessrecht-motion-pro-zurich-international-commercial-court> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>11</sup> Qatar Financial Centre Law No. 7 of 2005. Available at: [https://qfcra-en.thomsonreuters.com/sites/default/files/net\\_file\\_store/QFC\\_Law-V3-Oct09.doc.pdf](https://qfcra-en.thomsonreuters.com/sites/default/files/net_file_store/QFC_Law-V3-Oct09.doc.pdf) (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>12</sup> Regulations and Procedural Rules. Available at: [https://www.qicdrc.gov.qa/sites/default/files/s3/wysiwyg/qfc\\_civil\\_and\\_commercial\\_court\\_regulations\\_date\\_of\\_issuance\\_15\\_december\\_2010\\_0.pdf](https://www.qicdrc.gov.qa/sites/default/files/s3/wysiwyg/qfc_civil_and_commercial_court_regulations_date_of_issuance_15_december_2010_0.pdf) (дата обращения: 30.03.2021). В Катаре действуют два независимых источника гражданских процессуальных правил. Один из них (Regulations and Procedural Rules, 2011) применяется в Международном суде, а другой (Civil and Commercial Procedure Law, 1990) — исключительно в иных «общих» судах государства. Процедуры Международного суда значительно отличаются от процессуальных правил других катарских судов общей юрисдикции.

принимать меры и оказывать сотрудничество, необходимые для исполнения постановлений данного Суда (п. 1 ст. 34).

Апелляционная инстанция этого Суда выступает последней ступенью окончательного установления прав и обязанностей сторон, обратившихся за разрешением спора в данный Суд. Вместе с тем сторона, ведущая судебный процесс в апелляционной инстанции других «общих» судов Катара, может окончательно пересмотреть вынесенное по делу решение в Кассационном суде (высший суд Катара). Судьи Международного суда Катара в своих решениях иногда ссылаются на основополагающие правовые принципы, сформулированные Кассационным судом, хотя такие принципы, как указывает З. Шарар, не имеют преимущественной силы для первого Суда, поскольку оба органа являются полностью самостоятельными и отдельными, отличными друг от друга [Sharar Z., 2020: 31, 35].

Согласно Конституционному закону Республики Казахстан от 07.12.2015 №438-V «О Международном финансовом центре «Астана»»<sup>13</sup> (далее — Закон Казахстана), на территории этого центра в пределах города Нур-Султан в финансовой сфере действует особый правовой режим и функционирует Суд Международного финансового центра «Астана» (далее — Суд МФЦА). В числе целей данного Суда значится обеспечение исполнения права упомянутого Центра<sup>14</sup>. Суд МФЦА независим и не входит в судебную систему Республики, не осуществляет уголовного и административного судопроизводства. Председатель и судьи Суда МФЦА назначаются и освобождаются президентом Республики. Решения апелляционного Суда МФЦА являются окончательными, не подлежат обжалованию и обязательны для всех физических и юридических лиц (ст. 13 Закона Казахстана).

Создание Суда МФЦА означало, по мнению первого его председателя, лорда Г. Вульфа<sup>15</sup>, формирование в Казахстане нынешней системы правосудия в целях обеспечения деятельности международного финансового центра, действие в государстве двух систем правосудия — традиционной и совершенно новой, в рамках которой применяется другая система права, отличная от той, которая действует в Казахстане и Евразии. Суд МФЦА дополняет юрисдикцию национальных судов Республики, применяющих систему гражданского права [Вульф Г., 2019: 4–5]. В российской доктрине Суд

---

<sup>13</sup> Available at: URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1500000438> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>14</sup> Действующее право Международного финансового центра «Астана» (далее — МФЦА) основывается на Конституции Казахстана и включает упомянутый конституционный закон, не противоречащие ему акты МФЦА (которые могут быть основаны на принципах, нормах и прецедентах права Англии и Уэльса и/или стандартах ведущих мировых финансовых центров, принимаемых органами МФЦА в пределах их полномочий) и действующее право Казахстана, применимое в части, не урегулированной поименованными ранее актами.

<sup>15</sup> Лорд Вульф занимал должность главного судьи Англии и Уэльса в 2000 — 2005 гг.

МФЦА определяется как судебный орган *sui generis*, поскольку он обладает юрисдикцией в отношении «конституционных», инвестиционных, финансовых и трудовых споров, а также консультативных заключений по вопросам толкования норм права Центра [Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С., Филатова М.А., 2020: 82]; [Брановицкий К.Л., 2018: 139-213].

Сингапурский международный торговый суд действует по Закону о Верховном суде 1969 г.<sup>16</sup> (далее — Закон Сингапура) в соответствующей редакции и является структурным отделением данного высшего суда, осуществляющим свои полномочия в соответствии с регламентом последнего и другими законами, относящимися к Верховному суду (ст. 18А и ст. 18I (2)). Юрисдикция данного международного суда прописана отдельно в ст. 18D Закона Сингапура, которая наделяет его компетенцией рассматривать любые иски, отвечающие условиям: исковые требования касаются международной и коммерческой деятельности, подпадают в целом под гражданскую юрисдикцию Верховного суда Сингапура и соответствуют другим условиям, которые могут быть предписаны регламентом последнего.

Важным новшеством в судебном ландшафте Франции считается учреждение Международной палаты Апелляционного суда Парижа в дополнение к созданной в 1993 г. специализированной палате Торгового суда Парижа по рассмотрению международных коммерческих споров. Цель образования данных судебных палат, как заявлено Министерством юстиции Франции, — адаптация французской судебной системы к современным международным экономическим и правовым вопросам<sup>17</sup>.

Таким образом, специализированная судебная юрисдикция по международным коммерческим спорам устанавливается в одних случаях путем создания суда (квазисуда), действующего параллельно существующей системе судебных органов, как правило, на территории международного финансового центра отдельно взятого государства. В других случаях такая юрисдикция учреждается посредством образования в рамках имеющейся структуры судебных органов государства или *de facto* самостоятельного специализированного суда с собственной компетенцией<sup>18</sup>, или специальной отдельной палаты при действующем суде со своими отличительными процедурными правилами.

<sup>16</sup> Supreme Court of Judicature Act 24 of 1969. Available at: <https://sso.agc.gov.sg/ACT/SCJA1969#pr18M-> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>17</sup> Available at: <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/presentation-generale-ccip-ca-iccp-ca> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>18</sup> Например, Торговый суд Танзании, специализированное подразделение Верховного суда данного государства), размещенный в отдельном здании, с отдельной системой регистрации и ведения дел и управляемый специализированным персоналом и тремя специализированными судьями, признан в юридической литературе *de facto* отдельным, самостоятельным судом. См.: [Gramckow H., Walsh B., 2013].

В отдельных странах специализация относительно рассмотрения упомянутых споров предусмотрена не только на уровне суда первой инстанции, но и распространяется на проверочную (апелляционную) инстанцию. Соответственно, можно выделить форму специализации судов по рассмотрению международных коммерческих споров как по горизонтали, так и по вертикали.

Международные торговые суды рассматриваются в юридической литературе в качестве важных строительных блоков в экосистеме глобального коммерческого и финансового центра [Blair W., 2019: 220]. Т.Я. Хабриева и Н.Г. Доронина, выделяя надлежащее правовое обеспечение в качестве предпосылки создания международного финансового центра в России, пишут, что выстраивание правовой системы финансового рынка невозможно без решения задач, относящихся к выбору суда, судебных процедур, применяемых при защите прав инвестора [Хабриева Т.Я., Доронина Н.Г., 2011: 253, 271].

Как свидетельствует передовая практика международных финансовых центров, последние образуют благоприятный инвестиционный климат в рамках правового режима, который знаком участникам, обеспечивают защиту их интересов посредством прозрачных и действенных механизмов судебного разрешения споров. Внося вклад в развитие финансовых центров Дубая, Лондона, Сингапура и других инвестиционных хабов, специализированные суды являются надежными площадками разрешения международных коммерческих споров. Как указано в преамбуле Правил процедуры Международной палаты Апелляционного суда Парижа (2018), цель создания данной палаты, специализирующейся на рассмотрении споров, касающихся международных коммерческих контрактов и разрешаемых на основе законодательства Франции или других стран, — оправдать ожидания участников глобального рынка, стремящихся воспользоваться преимуществами высокоэффективной судебной системы<sup>19</sup>. Образование международных торговых судов способствует формированию восприятия экономики отдельно-го государства как места, благоприятного для бизнеса.

## **1.2. В каком смысле специализированные торговые (коммерческие) суды являются международными?**

На первый взгляд, используемый в названии термин «международный» сбивает с толку. В данном случае речь не идет о межгосударственных судах: обозреваемые суды не являются таковыми в том смысле, в котором, например, Международный суд ООН в Гааге, Суд Европейского союза, Экономический суд Содружества Независимых Государств являются международными;

---

<sup>19</sup> Protocole relatif à la procédure devant la Chambre Internationale de la cour d'appel de Paris. Février 7, 2018. Available at: [https://www.tribunal-de-commerce-de-paris.fr/media/pdf/protocole\\_cour\\_appel.pdf](https://www.tribunal-de-commerce-de-paris.fr/media/pdf/protocole_cour_appel.pdf) (дата обращения: 30.03.2021)

они не представляют собой творения международной конвенции (межвластного права), наделяющей их полномочиями, выходящими за пределы компетенции национальных судов государства, где они заседают; между принимаемыми ими решениями и постановлениям других «местных» судебных органов в части порядка приведения их в исполнение нет принципиальной разницы. Так, решения Суда МФЦА, согласно п. 8 ст. 13 Закона Казахстана, исполняются на территории данного государства в том же порядке и на тех же условиях, что и судебные акты Казахстана. Выдаваемый данным судом на основании решения исполнительный лист поименован в качестве исполнительного документа в пп. 1-1 п. 1 ст. 9 Закона Казахстана от 02.04.2010 № 261-IV «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей».

Термин «международный» в словосочетании «международный торговый суд» предполагает, что в компетенцию такого суда входит рассмотрение споров, вытекающих из частноправовых отношений, выходящих за рамки одного государства и приобретающих трансграничный, естественный для международной жизни (в широком смысле слова) характер. Слово «международный», как, например, в термине «международное частное право», условно; по существу речь идет не о межгосударственных судах, а о судебных органах в отдельно взятых государствах. Термин «международный» отражает специфику предмета деятельности данных судов, каковым выступают частноправовые, предпринимательские (коммерческие) отношения, осложненные иностранным элементом, связанные с правопорядками двух и более государств и имеющие в этом смысле международную окраску. Например, Международная палата Торгового суда Парижа призвана рассматривать споры, осложненные международным элементом и возникающие между «торговцами», принадлежащими к разным правопорядкам, при этом нет необходимости постоянного проживания сторон во Франции<sup>20</sup>.

В правилах процедуры обозреваемых судов встречается четкое положение о международном (трансграничном) характере спора применительно к требованию об осуществлении юрисдикции. Так, в ст. 1.3.1 «b» Правил Торгового суда Нидерландов предусмотрено, что иск может быть инициирован в этом суде, если в споре имеется международная составляющая (international dispute)<sup>21</sup>. По пояснениям к Правилам спор признается международным, в том числе когда: а) одна из сторон спора является резидентом, находящимся за пределами Нидерландов, или компанией, учрежденной за границей или зарегистрированной в соответствии с иностранным правом,

<sup>20</sup> Available at: <https://www.tribunal-de-commerce-de-paris.fr/fr/domaines-de-competence-tribunal-de-commerce-de-paris> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>21</sup> Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court and the Amsterdam Court of Appeal. 2nd ed., 2020. Available at: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/NCC-Rules2-rules.pdf> (дата обращения: 30.03.2021)

или дочерней организацией такой компании; б) к спору применимо иностранное право или спор возникает из контракта, составленного на языке, отличном от нидерландского; в) одна из сторон спора является компанией или принадлежит к группе компаний, большинство сотрудников которой работают за пределами Нидерландов; г) одна из сторон спора является компанией или принадлежит к группе компаний, более половины консолидированного имущественного оборота которой осуществляется за пределами Нидерландов; д) одна из сторон спора является компанией или принадлежит к группе компаний, ценные бумаги которой обращаются на регулируемом рынке за пределами Нидерландов, как это определено в законе данной страны о финансовом надзоре; ж) спор касается юридических фактов или правовых актов, имевших место за пределами Нидерландов; з) спор иным образом связан с соответствующим трансграничным интересом. Здесь же разъясняется, что разбирательство в Торговом суде Нидерландов рассчитано на международные коммерческие споры, поэтому вопрос, который является исключительно национальным, внутренним по своему охвату, не подлежит рассмотрению в данном суде<sup>22</sup>.

Столь широкая интерпретация международной составляющей спорных отношений позволяет, по мнению ряда авторов, отнести к компетенции упомянутого суда большое количество коммерческих споров и в то же время «узаконивает» создание специального суда для такого рода дел [Kramer X., Sorabji J., 2019: 6].

В соответствии с утвержденным Верховным судом КНР положением о некоторых вопросах, касающихся учреждения Международного торгового суда (2018), коммерческий спор имеет международный характер, если: а) одна или обе стороны являются иностранцами, лицами без гражданства, иностранными предприятиями или другими организациями; б) одна или обе стороны имеют обычное место жительства за пределами КНР; в) объект спора находится за пределами КНР; г) юридические факты, создающие, изменяющие или прекращающие коммерческие отношения, имели место за пределами КНР (ст. 3)<sup>23</sup>.

Международный аспект в деятельности данных судов видится некоторым авторам в разработке и принятии международных соглашений и протоколов, позволяющих решениям этих судов становиться более исполнимыми за границей по сравнению с постановлениями «обычных» государственных судов [Walker J., 2019: 4]. Так, возможность приведения в исполнение реше-

---

<sup>22</sup> Explanatory notes to the Rules of Procedure (Art. 1.3.1(b)). Available at: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/NCC-Rules2-Annex1.pdf> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>23</sup> Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Regarding the Establishment of the International Commercial Court (art. 2). June 27, 2018. Available at: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/201/1574.html> (дата обращения: 30.03.2021)

ний Международного торгового суда Сингапура была расширена серией меморандумов с судами из таких стран, как Австралия, Бермуды, Катар, Китай, Мьянма и ОАЭ<sup>24</sup>. В Меморандуме о взаимопонимании между Верховными судами Китая и Сингапура (2018), в частности, предусмотрено: хотя между двумя странами отсутствует соответствующий межгосударственный договор о признании и исполнении судебных решений, сотрудничество, продемонстрированное данным меморандумом, будет способствовать взаимопониманию законов и судебных процедур обоих государств и улучшит общественное восприятие и понимание в этой сфере отношений. Здесь же предусмотрено, что в отсутствие межгосударственного договора решение судов Сингапура может быть признано и приведено в исполнение в судах КНР на основе взаимности в соответствии с Гражданским процессуальным кодексом КНР по заявлению истца (ст. 3 и 6)<sup>25</sup>. Суд МФЦА, как установлено его Регламентом (2017), может заключать соглашения о сотрудничестве с любым другим судом как в Казахстане, так и за его пределами, или с другими органами, участвующими в исполнении решений этого суда (ст. 49 «g»).

Наконец, специализируясь на рассмотрении международных коммерческих споров, исследуемые суды являются международными и в том плане, что им присущи такие характерные черты, как вхождение в состав суда юристов из иностранных государств, участие в судебных заседаниях иностранных адвокатов, использование иностранного (обычно английского) языка в ходе судебного разбирательства, ведение в отдельных случаях судопроизводства на этом языке. Например, в ст. 5А Закона Сингапура установлено, что в Международном торговом суде Сингапура может заседать международный судья, он же может участвовать в рассмотрении апелляции на решение этого суда. Так, в состав данного суда входят юристы из других государств, например, К. Бергер (экс-судья Верховного суда штата Делавэр, США), Р. Френч (экс-судья Федерального суда Австралии), Д. Хашер (судья Кассационного суда Франции). При этом сторона в деле может быть представлена иностранным юристом или экспертом в области права, который зарегистрирован в соответствии с Законом Сингапура об адвокатуре (ст. 18М Закона Сингапура).

В ст. 2 и ст. 7 Процессуальных правил Международной палаты Торгового суда Парижа (2018) закреплено, что документальные доказательства могут быть предъявлены на английском языке. Стороны, эксперты и свидетели, а также юрисконсульты, не являющиеся гражданами Франции и имеющие

<sup>24</sup> Available at: <https://www.sicc.gov.sg/guide-to-the-sicc/enforcement-of-money-judgments> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>25</sup> Memorandum of Guidance between the Supreme People's Court of the People's Republic of China and the Supreme Court of Singapore on the recognition and enforcement of money judgments in commercial cases. Available at: <https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/guide-to-the-sicc/spc-mog-english-version---signed.pdf> (дата обращения: 30.03.2021)

право выступать в данном суде, могут использовать английский язык. Решение суда однако составляется на французском языке вместе с заверенной копией перевода на английский язык<sup>26</sup>.

Все разбирательства в Суде МФЦА, согласно ст. 2.2 Правил данного Суда (2018), проводятся на английском языке. Все документы для использования в Суде должны быть на английском языке или должны быть переведены на этот язык (ст. 2.3).

## **2. Факторы роста международных торговых (коммерческих) судов в современный период**

Торговые (коммерческие) суды как специализированные суды в рамках национальной правовой системы не являются новым явлением. Так, Торговый суд Парижа — старейший суд в мире — основан в его нынешнем виде в 1792 г., а его предшественник учрежден указом короля Карла IX в 1563 г. Что послужило импульсом к наблюдающемуся с начала XXI в. в Европе, на Ближнем Востоке и в других регионах мира росту количества специализированных судов по рассмотрению международных коммерческих споров? Что стоит за их созданием? Выделим ряд причин.

### **2.1. Укрепление национальной экономики, обеспечение ее конкурентоспособности в глобальном масштабе**

Основная причина появления специализированных судов по международным коммерческим спорам коренится в экономике. Система разрешения споров является одним из основных элементов развития рынка капитала, расширения финансовых и профессиональных услуг, управления благосостоянием частных лиц. На протяжении ряда лет в отчетах Всемирного банка специализированные суды по экономическим спорам фигурируют в качестве актива, способствующего созданию благоприятного делового климата. В издании 2019 г. подчеркивается, что 10 ведущих экономик в рейтинге положительных условий для предпринимательской деятельности имеют общие черты эффективности и показатели качества нормативно-правовой базы, включая наличие специализированных торговых (коммерческих) судов<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Protocole relatif à la procédure devant la Chambre Internationale de la cour d'appel de Paris. Février 7, 2018. Available at: <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/presentation-des-chambres-commerciales-internationales-de-paris-ccip> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>27</sup> World Bank. Doing Business Report 2019. P. 1. Available at: [https://www.worldbank.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report\\_web-version.pdf](https://www.worldbank.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf) (дата обращения: 30.03.2021)

Так, Китайский международный торговый суд был создан для консолидации китайского контроля в разрешении экономических споров и, таким образом, для защиты фирменной внешнеполитической идеи — китайской мечты — от неожиданных юридических рисков [Huo Z., Yip M., 2019: 906]. Он учрежден, в частности, с целью реализации инициативы Китая «Один пояс — один путь» (Belt One Road). На международном уровне политический лидер Китая Си Цзиньпин ради реализации «китайской мечты» о национальном возрождении выдвинул идею о создании торгово-экономического пространства и трансконтинентального транспортного коридора XXI в. «Экономический пояс Шелкового пути» и «Морской Шелковый путь», именуемых вместе инициативой BRI. Наряду с прочим эта идея предусматривает строительство железных дорог, электростанций, трубопроводов, портов, аэропортов и телекоммуникационных линий в целях активизации торговли, инвестиций и финансового сотрудничества. Инициатива при ее успехе в той степени, в какой это предусмотрено правительством КНР, скорее всего, изменит глобальный экономический ландшафт и будет способствовать развитию многих стран Азии, Европы, Ближнего Востока и Северной Африки.

Несмотря на заманчивые возможности BRI, трудности и риски этого проекта нельзя недооценивать, и иностранный скептицизм остается устойчивым. Отмечается, что проект столкнется с правовыми проблемами, имеющими множество международных аспектов. Данный проект предполагает заключение коммерческих сделок между сторонами из различных правовых систем, каждая из которых имеет неодинаковые традиции. Более того, страны, входящие в географию проекта, находятся на разных стадиях социально-экономического развития, и ряд из них продолжает бороться с коррупцией, нестабильностью и отсутствием прозрачности в политических и правовых системах. Учитывая эти различия и внутренние проблемы в странах, охватываемых проектом, разрешение споров в «обычных» национальных судах вряд ли будет привлекательным вариантом для бизнес-сообщества. Традиционная форма отправления правосудия, по мнению ряда авторов, не защитит траекторию развития BRI как инструмента достижения китайской мечты, так как у отдельных государств имеются неодинаковые интересы, которые могут привести к принятию судебных решений, несовместимых с данной идеологией. Создание нейтрального и надежного механизма урегулирования неизбежных международных коммерческих споров, которые будут возникать в связи с BRI, является оптимальным решением поставленной задачи [Huo Z., Yip M., 2019: 907].

23.01.2018 на заседании центральной руководящей группы коммунистической партии КНР по всестороннему продолжению реформы принято «Заключение о создании механизма разрешения международных коммерческих споров и институционализации инициативы “Один пояс, один путь”». До-

кумент предусматривает правовой метод достижения цели по защите суверенитета, безопасности и интересов в области развития Китая. В нем изложен проект механизма урегулирования споров в рамках BRI: в частности, установлено, что Верховному суду Китая следует создать международные торговые суды, а также комитет международных экспертов для поддержки создания единого центра разрешения споров, связанных с инициативой. Такой центр должен включать ряд механизмов разрешения споров, связывающих судебные разбирательства, посредничество и арбитраж, чтобы предлагать надежные юридические услуги сторонам, участвующим в BRI<sup>28</sup>.

Иными словами, план заключался в создании международного торгового суда — «фирменного», по образному выражению зарубежных коллег суда, дизайн которого будет отличаться от традиционного китайского суда. Стратегическая цель этого плана — консолидировать (укрепить) контроль КНР над процессами разрешения международных коммерческих споров [Huo Z., Yip M., 2019: 908]. Оперативно реализуя решение, Верховный суд Китая 29.06.2018 учредил такой специализированный суд с двумя отделениями: одно в Шэньчжэне, а второе — в Сиане. Данный суд призван составить на территории материкового Китая альтернативу местным судам КНР и арбитражным комиссиям по международным делам для рассмотрения споров с участием иностранных и китайских сторон, приемлемую для них обеих.

Упомянутая цель роднит данный суд с его азиатским близнецом — Международным торговым судом Сингапура, созданным в дополнение к «внутренним» судам, исходя, прежде всего, из национальных интересов. Он создан в ответ на потребность в нейтральном и пользующемся хорошей репутацией центре урегулирования споров в Азии, обусловленную продолжающимся в этом регионе ростом трансграничной торговли и инвестиционной деятельности.

Создание специализированного суда вместо совершенствования действующего (Верховного суда Сингапура) в институциональном плане, как указывает М. Ип, имеет два преимущества. Во-первых, новая модель судебного процесса обеспечивает чистый лист, на котором могут быть отображены инновации. Во-вторых, создание новой модели судебного разбирательства — это маркетинговая стратегия, призванная подчеркнуть лидерство Сингапура в разрешении споров и, соответственно, создать «имидж бренда». С точки зрения заинтересованных сторон создание такого суда при сохранении традиционного сингапурского суда означает выбор между двумя системами судебного разбирательства. По мнению упомянутого автора, это служит потенциальным участникам процесса сигналом, что автономия в

---

<sup>28</sup> Available at: [http://www.xinhuanet.com/2018-06/27/c\\_1123046194.htm](http://www.xinhuanet.com/2018-06/27/c_1123046194.htm) (дата обращения: 30.03.2021)

оказании судебных услуг является важной ценностью в соответствии с законодательством Сингапура [Yip M., 2019: 83]<sup>29</sup>.

Имидж, репутация и в целом восприятие играют важную роль при выборе судебного форума<sup>30</sup>. Так, законопроект о создании Брюссельского международного предпринимательского суда<sup>31</sup>, по мнению Э. Темели — это попытка избежать какой-либо ассоциации с нынешней судебной системой Бельгии. Такая стратегия избрана исходя из известных предпочтений юристов при выборе суда и знакомства с деятельностью бельгийских судов немногих юристов. «Любой новый суд, стремящийся привлечь международные коммерческие споры, должен создавать армию поклонников» [Themeli E., 2019: 74,77]. Такую базу легче создать, оставив им относительно известный, знакомый набор правил. В случае с моделью упомянутого брюссельского суда это проведение разбирательства в соответствии с правилами, скопированными с норм Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985). Среди иных характеристик спроектированного суда выделяются: а) судопроизводство на английском языке; б) вхождение в состав суда судьи и двух непрофессиональных судей (lay judges), отобранных из числа экспертов в предметной области рассматриваемых споров; последние не обязательно должны быть гражданами Бельгии; в) ограничение права на обжалование решения рамками кассационной инстанции; г) уплата относительно высоких судебных сборов.

Конечно, важны и другие составляющие успеха (которые имеют мало общего с присущими системе правосудия внутренними качествами): хорошая осведомленность о суде (familiarity), общеизвестность (common knowledge) того факта, что суд является подходящим, достойным, и распространенная практика (common practice) выбора этого суда. Так, пример Великобритании, которая была наиболее привлекательной юрисдикцией в ЕС, показывает, что общее впечатление, предпочтения, репутация очень важны. Ведь качество британского правосудия не лучше, чем в других странах Европы; тем не менее среди юристов сложилась весьма высокая оценка деятельности

<sup>29</sup> Возможность выбора разных форм судебной юрисдикции можно рассматривать, на наш взгляд, как усиление значимости автономии воли участников спорных международных коммерческих отношений, либерализацию процессуальных отношений.

<sup>30</sup> Анализируя созданный в Германии институциональный механизм судебной специализации в сфере международных коммерческих споров, Э. Темели отмечает, что, возможно, лучше создать единый торговый суд на федеральном уровне вместо судов федеральных земель. Положительный аспект этой идеи, как считает данный автор, заключается в том, что такой суд будет быстрее аккумулировать опыт и завоевывать популярность среди поклонников, чем множество небольших судов.

<sup>31</sup> Projet de loi instaurant la Brussels International Business Court. Décembre 10, 2018. Available at: <https://www.dekamer.be/doc/flwb/pdf/54/3072/54k3072011.pdf> (дата обращения: 30.03.2021)

британских судов, и она имеет существенное значение для их (судов) успеха. Конкурирующие юрисдикции, как утверждает Э. Темели, должны не только пытаться продвигать свои суды, как если бы они были товаром, продукцией, подчеркивая преимущества и выгоды по сравнению с другими конкурентами, но и изменять восприятие своей юрисдикции юристами и их клиентами. Новые суды должны сделать местных юристов постоянными клиентами (*clients habituels*), умножить их доверие, чтобы в обществе сформировались привычки, обыкновения и всеобщая осведомленность, которые впоследствии можно было бы экспортировать за границу [Themeli E., 2019: 81]. Поэтому если созданные суды обратят внимание на упомянутый джентльменский набор, у них будет больше шансов обыграть Британию.

Рост предложений на рынке урегулирования международных коммерческих споров, на наш взгляд, актуализирует концепцию *forum selling* и находящийся у ее истоков подход к системе правосудия, по крайней мере, в сфере экономических споров в качестве товара, предлагаемого государством. Всякий раз, когда сторона заинтересована в чем-то, что связано с взаимодействием с другим субъектом, возникает рынок для этого чего-то, которое может быть товаром или услугой, и, как правило, имеет цену. В последнее время число международных коммерческих тяжб значительно возросло, чему способствует в том числе все более широкая автономия воли сторон<sup>32</sup>. В то же время отдельные государства в разных частях мира пытаются продвигать свои судебные системы для привлечения потенциальных участников спорных международных коммерческих отношений. Цена судебной системы как товара — это сборы, которые должны заплатить клиенты суда. Судебные издержки — фактор, который не следует недооценивать в качестве важного элемента выбора юрисдикции; как и в случае со всеми товарами и услугами, затраты на разбирательство так или иначе будут играть роль в принятии бизнес-решений в рамках международного контракта [Bauw E., 2019: 21].

Международные коммерческие тяжбы, их стороны и отдельные государства, пытающиеся привлечь тяжущихся в свои судебные органы, создают условия для существования рынка урегулирования споров, по крайней мере, в обозначенной сфере спорных отношений. На этом рынке система гражданского правосудия, сосредоточенная на судебных разбирательствах, по образному выражению Э. Темели, является предметом торговли, хорошей сделкой, в то время как участники судебных процессов и правительства являются создателями спроса и предложения. Внимание, которое уделяется

---

<sup>32</sup> Выбор суда стал возможным благодаря существованию автономии воли сторон, что создает условия для существования спроса на системы гражданского правосудия и, как следствие, существования самого рынка, где сторона может выбрать суд, наиболее отвечающий ее интересам. Этот процесс часто называют «покупкой суда» (*forum shopping*).

категориям спроса и предложения, тяготеет к другому важному элементу рынка, а, именно товару, представляющему собой всю систему гражданского правосудия [Themeli E., 2018: 142].

Обрисованный выше рынок — это не место, а система, процесс, развивающийся во времени и пространстве, имеющий структуру и характеристики. Более того, некоторые рынки создают внешние эффекты, которые обычно требуют внимания центральных правительств. Самое главное, рынок формирует предпосылки для развития конкуренции между участвующими в ней сторонами. Существование рынка, на котором задействованы системы гражданского правосудия, как утверждает Э. Темели, создает необходимые для этих систем условия, чтобы конкурировать, и позволяет поставщикам и клиентам находить друг друга и достигать своих бизнес-целей [Themeli E., 2018: 137–138].

Разрешение международных коммерческих споров, как верно утверждает Д. Уокер — это большой бизнес [Walker J., 2019: 3], причем юридические услуги — очень прибыльная, высокодоходная отрасль. По словам министра Сингапура, стоимость юридических услуг в данном государстве в период с 2008 г. по 2013 г. выросла на 71,5% [Yip M., 2019: 83]. Инвестирование в сектор услуг по урегулированию споров было естественным и логичным шагом Сингапура [Huo Z., Yip M., 2019: 910]. SICС учрежден, таким образом, чтобы продвигать экономические интересы Сингапура, укреплять его влияние в регионе, конкурировать за международный бизнес по разрешению коммерческих споров.

Важным шагом в обеспечении устойчивого развития экономики Казахстана стало создание Суда МФЦА, призванного стать ведущим учреждением, вносящим вклад в развитие данного государства в качестве инвестиционного хаба Евразии. Первый президент Казахстана Н. Назарбаев в Плане нации «Путь к казахстанской мечте» подчеркивал, что в глобальных экономических условиях особенно важны институциональные реформы, нацеленные на восстановление уверенных темпов экономического роста и обеспечение прочных социальных гарантий всему населению. Одна из таких реформ касается судебной системы, применительно к которой принят ряд институциональных решений: при Верховном суде Казахстана создана специализированная коллегия для рассмотрения споров, в том числе с участием крупных инвесторов. В ее рамках реализуется право иностранных инвесторов на качественное и справедливое разрешение возникающих у них правовых споров. Реализация этой меры, как указал глава государства, повысит доверие к национальной судебной системе со стороны зарубежных инвесторов и в целом улучшит бизнес-климат в стране. Другим центральным вопросом Плана нации, связанным с привлечением внешних инвестиций, является создание МФЦА «с независимой судебной системой, собственной

юрисдикцией на принципах британского права с применением английского языка»<sup>33</sup>.

Деятельность англоязычного суда, применяющего систему общего права, и национальных судов Республики Казахстан, по мнению лорда Вульфа, умножит доверие инвесторов и благотворно скажется на привлекательности данного государства для рынков капитала. Такая судебная система – элемент стимулирования концентрации внутреннего и международного капитала в государстве, привлечения долгосрочных инвестиций. Это способствует формированию восприятия Республики Казахстан как места, благоприятного для бизнеса [Вульф Г., 2019: 9–10].

Цель укрепления национальной экономики путем привлечения государством в свои суды участников международных коммерческих споров не ограничивается Азией, она лежит в основе роста числа международных торговых судов и в других регионах мира: на Ближнем Востоке и в Европе. В юридической литературе по этому поводу встречаются высказывания следующего содержания. Создание весомого международного торгового суда приносит существенную пользу национальной экономике, — это момент, на который обратил внимание Е. Бау при анализе доводов, лежащих в основе инициативы нидерландского правительства создать такой суд, чтобы противостоять сокращению числа международных коммерческих споров, рассматриваемых в Нидерландах [Baui E., 2019: 15–16]. Правительство Нидерландов, внося в Парламент законопроект об учреждении Торгового суда, отметило, что судебные слушания на английском языке для разрешения международных коммерческих споров имеют большое значение для позиции Нидерландов в торговой сфере<sup>34</sup>. П. Локин-Сассен в ходе обсуждения в Сенате законопроекта о создании в Нидерландах суда по международным коммерческим спорам, упомянув об успехе Коммерческого суда в Лондоне, обратила внимание на то, что рынок юридических услуг по урегулированию коммерческих споров в Великобритании в 2016 г. составил 16 млрд. евро<sup>35</sup>. Английская правовая система и поддерживающие ее профессии, по мнению Дж. Лисона, вносят большой вклад в экономику Великобритании<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Available at: URL: [https://www.akorda.kz/ru/events/akorda\\_news/press\\_conferences/statyaglavyy-gosudarstva-plan-nacii-put-k-kazahstanskoi-mechte](https://www.akorda.kz/ru/events/akorda_news/press_conferences/statyaglavyy-gosudarstva-plan-nacii-put-k-kazahstanskoi-mechte) (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>34</sup> Available at: <https://www.government.nl/latest/news/2017/07/18/legislative-proposal-on-netherlands-commercial-court-submitted-to-dutch-house-of-representatives> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>35</sup> Available at: <https://www.eerstekamer.nl/verslag/20181204/verslag> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>36</sup> 35% of businesses choosing EU courts over UK due to Brexit uncertainty. Available at: <https://www.thomsonreuters.com/en/press-releases/2018/july/35-percent-of-businesses-choosing-eu-courts-over-uk-due-to-brex-it-uncertainty.html> (дата обращения: 30.03.2021)

Brexit, являясь политическим и правовым землетрясением с многочисленными последствиями для европейских институтов, членов ЕС и их бюджетов, отдельных европейских предприятий и граждан, международной торговли в целом, по всей видимости, также сыграл роль в создании международных торговых судов и расширении конкуренции за юрисдикцию в Европе. В ответ на изменения в составе ЕС ряд европейских государств образуют суды, призванные играть роль, которую когда-то выполнял почти исключительно Коммерческий суд в Лондоне. «Хотя Лондон является и был ранее предпочтительным выбором для разрешения споров, позиция может измениться» [Вульф Г., 2019: 11]. Тот же Торговый суд Нидерландов стремится быть менее затратным, чем международный арбитраж и судебные разбирательства в юрисдикциях общего права благодаря использованию нидерландских подходов к процедуре, которые характеризуются как прагматичные и экономичные. В исследовании компании Thomson Reuters за 2018 г. о влиянии Brexit на разрешение споров сказано: 35% опрошенных респондентов (коммерческих предприятий) заявили, что уже изменили контракты, чтобы споры рассматривались в судах ЕС, а не в Великобритании<sup>37</sup>.

По мнению Э. Темели, новые суды рассматривают Brexit как возможность отрезать кусок от английского пирога. Это не только катализатор стремительного создания этих судов, но и новая возможность получения прибыли для них. Хотя Brexit не является причиной строительства ветряной мельницы новых судов, но, безусловно, это ветер, который надувает их паруса [Themeli E., 2019: 81].

В отличие от более «старых» торговых судов, «новые» суды учреждены с конкретной целью: разрешение международных коммерческих споров и создание тем самым благоприятного инвестиционного климата для привлечения иностранных капиталовложений в национальную экономику. Для этого с их стороны предлагаются, в том числе специально разработанные процедуры для разрешения споров в сфере международной торговли и финансов. Важность стабильного и надежного механизма разрешения экономических споров для роста и развития коммерции хорошо известна. Быстрое исполнение контрактов, взыскание с легкостью, без труда денежных средств с должника в пользу кредитора и присуждение справедливой компенсации за понесенный ущерб абсолютно необходимы для поощрения инвестиций и иной экономической деятельности, обязательно предполагающей принятие финансовых рисков и рисков правоприменения. Поэтому институциональный механизм разрешения упомянутых споров в виде специализированного торгового суда имеет большое значение для экономического развития любого государства.

---

<sup>37</sup> Ibid.

## 2.2. Повышение престижа и репутации национального права на международных рынках

Укреплению национальной экономики, среди прочего, способствует престиж национального коммерческого договорного права и репутация судов, способных разрешать на его основе споры. Одной из причин, по которой юристы и стороны в судебном процессе выбирают юрисдикцию определенных государств, — это их материальное право. Чем более привлекательным является коммерческое право отдельного государства на мировом рынке, тем вероятнее, что субъекты международного бизнес-сообщества выберут его в качестве регулятора совершаемых сделок. Скорее всего, они также выберут в качестве площадки для разбирательства суд государства, право которого подлежит применению к сделке. Стороны согласовывают закон и судебный форум, чтобы упростить разбирательство. Ситуация усложняется, если перед судом стоит задача применения иностранного права. Э. Темели, выясняя, что же важнее юристам и сторонам спора при выборе ими суда — материальное или процессуальное право, сообщает, что результаты не дают однозначного ответа, но предпочтения склоняются к материально-правовому аспекту и означают, что выбор суда следует за выбором права [Themeli E., 2019: 74]<sup>38</sup>.

Одним из основных аргументов в пользу Великобритании как предпочтительной юрисдикции исторически выступало договорное право данной страны. В последнее время наблюдается беспокойство насчет возможного ослабления «коммерческих» преимуществ английского права, поскольку Франция, например, реформировала контрактное право, а Сингапур разработал договорное право, основанное на общем праве. Дж. Томас, главный судья Англии и Уэльса в 2013–2017 гг.<sup>39</sup>, указывая в одной из лекций, что право переживает период значительной эволюции, отмечал, что Франция кардинально пересмотрела Гражданский кодекс в части договорных обязательств, сопроводив редакцию этого документа отличным переводом на английский язык.

«Почему это было сделано? — задает вопрос Дж. Томас. — Все очевидно: из-за опасения, что в случае неосуществления модернизации гражданского законодательства Франции оно устареет и со временем к нему перестанут обращаться при заключении международных сделок. Соответственно, и французские юристы, и французское влияние во всем мире (которое довольно велико в ряде стран) утратят свой прежний статус» [Thomas J., 2017: 8]. По-

---

<sup>38</sup> В то же время акцентирование внимания обозреваемых судов на процедурных вопросах, особенно касающихся международной подсудности (пророгационных соглашений), признания и исполнения иностранных судебных решений, свидетельствует, на наш взгляд, о постепенной процессуализации интересов участников международного коммерческого оборота при выборе конкретного судебного форума.

<sup>39</sup> В настоящее время Дж. Томас возглавляет Международный суд Катара.

этому и были внесены всеобъемлющие законодательные поправки — чтобы сделать французское договорное право более доступным, предсказуемым, влиятельным за рубежом и коммерчески привлекательным.

Другим примером являются Нидерланды. Хотя нидерландское гражданское право имеет давние коммерческие традиции и повсеместно признано современным и практичным, Великобритания, по мнению Е. Бау, весьма успешно создала впечатление, что выбор права, отличного от английского, ставит бизнес в затруднительное положение, оставляет его в «неспокойных водах». Однако у сторон есть веские аргументы в пользу выбора нидерландского законодательства, оно также обеспечивает правовую определенность и в то же время является гибким. Различия между нидерландским и английским гражданским правом не так велики, как может показаться на первый взгляд. Тем не менее имидж нидерландского договорного права поражен фобией веры (*fides phobia*), страхом, глубоко укоренившимся в сердцах и умах юристов, специализирующихся в сфере международного бизнеса: использование таких понятий, как, в частности, разумность и справедливость, добросовестность, рассматривается в качестве угрозы для деловой надежности.

Доказать обратное, как полагает Е. Бау, будет трудно, похоже, что речь идет скорее о коммуникации и маркетинге, чем о юридическом содержании. Конечно, на это уйдут годы, и Нидерландский торговый суд, по мнению данного автора, сначала должен привлечь в зал заседаний участников спорных отношений, чтобы иметь возможность продемонстрировать, насколько предсказуемым и в то же время адаптируемым, гибким может быть нидерландское частное право [Bauw E., 2019: 21]. Возможно, это даже самая большая проблема для данного суда: убедить бизнесменов, их адвокатов и бизнес-юристов, что им не следует автоматически придерживаться типовой модели выбора закона и суда, которую они используют в контрактах, а необходимо модифицировать ее с учетом новых обстоятельств и событий.

В других государствах, в частности, системы общего права, Сингапур, например, развивает договорное право таким образом, чтобы создать сильного конкурента английскому праву. Если мы хотим, как указал лорд Томас, «чтобы наши законы сохранили свое значение на мировом рынке, мы не можем допустить, чтобы они отставали от разработок в других странах. Поэтому в настоящее время мы не можем игнорировать существование все более конкурентного рынка между системами материального права, методами и площадками разрешения споров» [Thomas J., 2017: 9].

### **2.3. Конкуренция в борьбе за рынок юридических услуг**

В эпоху экономического глобализма право является важным конкурентным фактором. Во всем мире существует осознание необходимости модерни-

зации национального законодательства и правовой системы, которые могут достойным образом конкурировать с другими иностранными юрисдикциями. Там, где наблюдается рост круга государств, стремящихся стать центром разрешения споров премиум-класса как на региональном, так и на глобальном уровнях, где ставки ориентированы в конечном итоге на повышение ВВП<sup>40</sup> страны, конкуренция неизбежна. Увеличивающийся рост количества международных торговых судов во многих регионах мира служит подтверждением.

Конкуренция между судами из разных стран и, в частности, между международными торговыми судами в рамках тенденции более широкой конкуренции среди государств становится все более устоявшимся фактом жизни. Реальность такова, что правительства государств создают собственные специализированные торговые суды в попытке привлечь тот же международный бизнес, на который нацелены судебные системы других стран. Е. Бау отмечает, что благодаря созданию специализированного суда с отличным современным оборудованием и возможностью судебных разбирательств на английском языке, нидерландская судебная система должна иметь способность конкурировать с другими правовыми системами в международных коммерческих спорах. Дальнейшая модернизация гражданской процедуры за счет недавно принятого законодательства о цифровизации судебной системы также может привести к еще более высокому международному рейтингу Нидерландов, имеющих давние традиции в области торговли и урегулирования торговых споров [Vauw E., 2019: 16].

Другой пример являет Германия. Ее правительство выпустило буклет «Право — сделано в Германии», начинающийся со слов: «Сделано в Германии» — это не только знак качества, зарезервированный за немецкими автомобилями и машинным оборудованием, он в равной степени применим и к германскому законодательству. Наши законы защищают частную собственность и гражданские свободы, они гарантируют гармонию и экономический успех. Германское право является частью системы кодифицированного права, которая развилась во всей континентальной Европе. Оно предсказуемо, доступно по затратам и исполнимо. Немецкая судебная система как третья власть в государстве обеспечивает отличную основу для ведения бизнеса»<sup>41</sup>.

В юридической литературе отмечается, что некоторые германские суды всегда превосходно справлялись с определенными трансграничными спорами: например, это касается судов в Гамбурге, рассматривающих транспортные споры, или судов Мюнхена, специализирующихся на разрешении патентных споров и иных дел в сфере интеллектуальной собственности. Хотя до недавнего времени в Германии складывалось впечатление, что система

---

<sup>40</sup> Валовый внутренний продукт.

<sup>41</sup> Available at: [https://www.lawmadeingermany.de/pdfs/Law-Made\\_in\\_Germany\\_FR.pdf](https://www.lawmadeingermany.de/pdfs/Law-Made_in_Germany_FR.pdf) (дата обращения: 30.03.2021)

правосудия работает хорошо и участники «внутренних» спорных ситуаций обычно выбирают германские суды, практика выявила иное. Согласно опубликованному прецедентному праву Высокого суда Лондона, значительное количество германских сторон обращается в лондонские суды, особенно в связи с крупными коммерческими спорами (суммы с шестью или семью цифрами, если не выше) [Hess B., Voerner T., 2019: 33].

Что делает Германия, чтобы не отставать от растущей конкуренции со стороны других судебных центров в Европе? Традиционно германские суды и законодатели, как отмечает ряд авторов, не придавали этому вопросу значения, поскольку рассматривали отправление правосудия, скорее, как основную задачу государственной власти, нежели как услугу, которая будет продаваться в конкурирующем мире урегулирования споров. Тем не менее продажа форума (*forum selling*) стала довольно распространенной в некоторых областях спорных правоотношений<sup>42</sup>. Так, инициатива министра юстиции федеральной земли Гессен, г-жи Кюне-Херманн в продвижении идеи «Право—сделано в Германии», направленной на укрепление Германии в качестве привлекательного места для разрешения коммерческих споров, имеет веское основание: высокую степень специализации судов Франкфурта на рассмотрении финансовых и банковских споров [Hess B., 2017]. Эта инициатива была воплощена целенаправленными организационными мерами — образованием в 2018 г. Палаты по международным коммерческим спорам при Земельном суде во Франкфурте-на-Майне.

Конкуренция между судами из разных стран вызывает у ряда авторов опасения: по их мнению, данное явление едва ли является хорошим основанием реформы судебной системы [Kramer X., Sorabji J., 2019: 9]. Тем не менее конкуренция — это стимул модернизации системы отправления правосудия в той мере, в какой это касается судебных разбирательств по международным коммерческим спорам. Последствия этого можно наблюдать в современных реалиях. Так, для проведения разбирательств Нидерландским торговым судом были разработаны дополнительные правила процедуры<sup>43</sup>,

---

<sup>42</sup> Применительно к Германии распространенность *forum selling* варьируется в зависимости от стимулов со стороны судебной администрации и федеральных земель. Если политик хочет продвинуть свой субъект в конкуренции с другими федеральными землями, то весьма многообещающе продвигать крупные города (например, Дюссельдорф в земле Северный Рейн-Вестфалия) в качестве инновационных центров, которые поддерживаются уважаемыми патентными судами. В продаже национальных форумов наиболее важными действующими лицами являются судьи (в Германии — судебные администраторы), а в продаже международных форумов играют роль и национальные законодатели. См.: [Bechtold S., Frankenreiter J., Klerman D., 2019: 545, 554].

<sup>43</sup> Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal). Second ed., December 2020. Available at: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/NCC-Rules2-rules.pdf> (дата обращения: 30.03.2021)

хотя общий нидерландский процессуальный закон (Гражданский процессуальный кодекс) применяется в полной мере в делах, рассматриваемых данным судом. Эти правила несколько отличаются от общих правил процедуры для рассмотрения других коммерческих споров, они разработаны с целью содействия результативному рассмотрению крупных международных коммерческих споров.

Дополнительные правила процедуры составлены таким образом, чтобы заинтересовать стороны международных коммерческих отношений сделать выбор в пользу Нидерландского торгового суда в пункте о судебном форуме в своем контракте. Более того, стороны могут дополнительно разработать процедуру, заключив соглашение о разбирательстве спора (*agreement as to proceedings*). Это дает возможность, если стороны того захотят, привести типичные нидерландские процессуальные правила (например, регулирующие сбор доказательств, доказательную силу показаний свидетеля и определенных документов) в соответствии с международными стандартами. Тем самым, на наш взгляд, достигается баланс между простотой процедуры и правовой определенностью. Хотя упомянутые правила процедуры основаны на нидерландском процессуальном праве, они, как указывается, содержат ряд элементов, вытекающих из процедуры, применяемой при рассмотрении дел в Лондонском коммерческом суде.

Результативности и скорости судебного разбирательства, по утверждению Е. Бау, благоприятствуют нидерландские процессуальные правила в отношении раскрытия информации (доказательств), включенные также в упомянутые правила процедуры. В большинстве систем общего права, таких как Великобритания, обязательства сторон по раскрытию доказательств по запросу другой стороны обширны. В коммерческих делах ставки часто очень высоки, равно как и важность фактических доказательств для выигрыша дела. По английскому праву возможность заставить другую сторону (или третьи стороны) предъявить документы по сравнению с теми же процессуальными нормами Нидерландов весьма значительна. При этом раскрытие доказательств может быть дорогостоящим мероприятием, особенно в делах с высокой ценой иска; затраты, в частности, в английском гражданском процессе могут стать несоразмерными. При разбирательстве дела в Нидерландском торговом суде судебные расходы, как считает Е. Бау, составят значительно меньшие суммы. В конкуренции с другими торговыми судами это будет коммерчески привлекательным активом, выигрышным моментом (*selling point*) в пользу нидерландского суда [Bauw E., 2019: 18–20].

Хотя, как и следовало ожидать, конкуренция не дремлет. В Великобритании много лет до Brexit обсуждали вопрос об институте раскрытия доказательств, его критикуют в связи с высокими затратами, которые возникают из-за его применения. В течение многих лет эта дискуссия не имела

результатов, но в последнее время здесь заметны перемены. В 2018 г. рабочей группой Верховного суда Великобритании разработан проект новых Правил раскрытия доказательств, принятый Комитетом по правилам гражданского судопроизводства. Пилотный проект раскрытия для судов по делам бизнеса и собственности, основанный на новых Правилах, запущен 1.01.2019 с целью корректировки судебной практики и является прорывом в затянувшейся дискуссии<sup>44</sup>. Именно натиск со стороны новых международных торговых судов, как полагает Е. Бау, помог направить дискуссию в нужное русло [Bauw E., 2019: 20].

Конкуренции, конечно, будет больше, но в положительном смысле этого слова: изучение лучшего опыта других стран, улучшение собственных процедур путем адаптации старых процедур и заимствования передового опыта из-за рубежа [Hess B., Voerner T., 2019: 40–41]. Например, процессуальные правила Суда МФЦА разработаны с учетом последних тенденций и изменений в гражданском судопроизводстве английского общего права и отражают, как заметил лорд Вульф, передовую судебную практику судов, применяющих систему общего права в ведущих международных финансовых центрах мира [Вульф Г., 2019: 1–2].

Реформы могут также помочь улучшить национальные процессуальные системы в целом, например, путем передачи передового опыта судам при рассмотрении «внутренних» коммерческих споров. В этом случае не только стороны международных коммерческих тяжб, но и все остальные субъекты цивилистического процесса в конечном итоге выиграют от улучшений и реформ, инициированных практикой, разработанной в ходе рассмотрения трансграничных споров.

Очевидно, что происходящие процессы будут иметь далеко идущие последствия с точки зрения их влияния на развитие права в целом, которые были совершенно немыслимы, когда начался рост конкуренции между юрисдикциями. Последствия этого как для международного, так и для внутреннего рынка еще предстоит выяснить.

## 2.4. Специализация судебной деятельности

Учреждение международных торговых судов связано и с общей концепцией разделения труда и углубляющейся специализацией профессиональной деятельности, которые по идее должны привести к созданию более эффективной, качественной и, возможно, инновационной системы отправления правосудия. Европейская комиссия эффективности правосудия, соз-

<sup>44</sup> Available at: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/07/press-announcement-disclosure-pilot-approved-by-cprc.pdf> (дата обращения: 30.03.2021)

данная Комитетом министров Совета Европы в 2002 г., в отчете «Европейские судебные системы» за 2020 г. указала, что в Европе с 2010 г. по 2018 г. произошло сокращение числа судов и в этот же период заметно увеличение специализации судов. Средняя доля специализированных судов увеличилась с 21 до 26,7%<sup>45</sup>.

Существует мнение, что если граждане доверяют судьям, то не так уж важно, являются эти судьи специалистами широкого или узкого профиля [Silvestri E., 2014: 173]. Бесспорно, участники процесса неохотно прибегают к суду, если они не доверяют таковому. Вместе с тем очевидно, что доверие нужно заслужить, и в основе этого лежит такой фактор, как качество, достигаемое за счет той же специализации в профессиональной деятельности<sup>46</sup>. Успех суда напрямую зависит от качества правосудия.

Так, в Новой Зеландии призыв практиков к судебной специализации был сосредоточен на предполагаемой утрате доверия со стороны участников экономических споров к Верховному суду данного государства, чьи судьи — специалисты широкого профиля. Отсутствие специализации судей Верховного суда, по мнению некоторых авторов, создает острую проблему, создающую серьезную угрозу доступу бизнес-сообщества к правосудию [Steel W., 2015: 308, 312]. В основе обеспокоенности такой системой отправления правосудия лежит убежденность в том, что судьи широкого профиля могут быть не в состоянии понять фактические и юридические нюансы многих коммерческих споров, что приводит к вынесению неверных решений и нежелательным апелляциям. Специалисты-практики подчеркивают, что во все более глобализованном мире новозеландские предприятия часто заключают контракты с офшорными компаниями, и это приводит к переговорам по вопросу о выборе форума. Проблема в этом отношении заключается в том, что правовые процедуры, включая профессионализм юристов и судей, влияют на выбор суда в той же степени, что и качество материального права.

Хотя Новая Зеландия, несомненно, имеет надежную правовую систему, но, по мнению ряда авторов, очевидно, что некоторые из наиболее существенных экономических споров разрешаются в офшорах под разными юрисдикциями. Одной из причин, по-видимому, является отсутствие судебной специализации. Новая Зеландия может лишиться некоторых из своих наиболее значительных судебных процессов, что приведет к неспособности развивать существующее коммерческое право. Настороженность участников экономических споров к судебной системе Новой Зеландии имеет не-

---

<sup>45</sup> Available at: <https://rm.coe.int/link-to-the-presentation-note-en/16809fdc75> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>46</sup> В.Ф. Яковлев в свое время подчеркивал: важным способом повышения качества правосудия служит специализация судов. См.: [Яковлев В.Ф., 2013: 52].

гативные последствия: стороны все чаще обращаются к судам в офшорных юрисдикциях и альтернативным способам разрешения конфликтов. Предполагаемый результат — существенное сокращение числа судебных тяжб по экономическим спорам, что ставит под угрозу развитие коммерческого права Новой Зеландии и потенциально создает угрозу ее экономическому развитию, поскольку коммерсанты из офшоров неохотно вкладывают инвестиции, а внутренние инвесторы сталкиваются с более высокими операционными издержками при заключении контрактов. Переход к специализированной системе отправления правосудия позволит решить эти проблемы. По мере того как субъекты коммерческой деятельности охотнее будут передавать свои споры в суды Новой Зеландии, законодательство данного государства будет становиться все более динамичным, укрепляя свою международную репутацию и, соответственно, привлекательность для международного бизнес-сообщества, способствуя экономическому развитию государства [Steel W., 2015: 314–315, 359].

О специализации судей в иностранной литературе есть весьма оригинальные суждения: поскольку судьи коммерческого отделения Верховного суда штата Нью-Йорк сосредоточены на коммерческих спорах без общей нагрузки, включая, например, вопросы семейного права, они могут уделять все внимание пониманию тонкостей коммерческих сделок, а также быть в курсе последних юридических событий, влияющих на деловые отношения. В силу специализированного характера коммерческого отдела данного суда его судьи могут предвидеть проблемы прежде чем они произойдут и даже предлагать сторонам инициативные подходы к разрешению конфликта. Как подчеркивается в юридическом издании, судьи упомянутого специализированного отдела — высококвалифицированные юристы, опытные в разрешении коммерческих споров, они глобально мыслят и умеют решать вопросы, связанные с иностранным бизнесом и иностранным правом [Ostrager B., 2020: 17]. Известная специализация судов позволяет работающим в этих органах судьям глубже разбираться в существе рассматриваемых споров и в невероятно сложном современном законодательстве. Подобная реклама способствует повышению престижа судебной системы государства, доверия к ней и формирует положительную бизнес-репутацию у потенциальных клиентов.

Чем специфичнее становится правовая база и чем более продвинутой оказывается экономическая среда, тем выше потребность в специализации судебного процесса [Gramckow H., Walsh B., 2013]. Судебная специализация обычно означает, что судьи обладают специальными знаниями и опытом в конкретной области права. Это также означает, что некоторые категории дел рассматриваются иначе в сравнении с общей процедурой разрешения споров.

Специализация может быть обусловлена потребностями или требованиями, зачастую вытекающими из внешних по отношению к суду источ-

ников. Внешний спрос (общественная потребность, требующая от судей более глубоких экспертных знаний) иногда подпитывается недовольством рассмотрения дел. Как указал Консультативный совет европейских судей в заключении о специализации судей, постоянное принятие новых законов на международном, европейском или национальном уровнях, а также изменение прецедентного права и доктрины делают юридическую науку все более обширной и сложной. Судье трудно освоить все эти области, в то время как общество и участники судебных процессов требуют от судов все большего профессионализма. Специализация судей может гарантировать, что они обладают необходимыми знаниями и опытом в своей области юрисдикции<sup>47</sup>. Повышение уровня знаний судей оказывает влияние на качество и предсказуемость принимаемых решений.

В литературе отмечается: судебная специализация, требующая координации между меньшим количеством судей, содействует продаже форума и следовательно способствует его покупке (forum shopping) [Bechtold S., Frankenreiter J., Klerman D., 2019: 552–553].

Сосредоточение внимания на международных коммерческих спорах объективно имеет предпосылкой трудность таких споров и увеличение их количества<sup>48</sup>. Международный аспект коммерческих споров требует глубоких знаний не только в предметной области, но и обширных знаний норм международного частного права, в т.ч. международных конвенций, и иностранного права. Необходимые экспертные знания, как афишируется на сайтах обозреваемых судов, имеются у специалистов их судейского корпуса. Например, отмечается, что все судьи в Суде МФЦА обладают большим опытом и значительными знаниями в области коммерческого права, международной торговли и судебных разбирательств [Вульф Г., 2019: X].

Правосудие в сфере разрешения международных коммерческих споров необходимо постоянно модернизировать в условиях углубления интернационализации и интеграции в области торговых и финансовых операций. Участие иностранцев в коммерческой сделке значительно осложняет возникающие правовые отношения и требует знания специальных правил, коллизионных норм, определяющих подлежащее применению право. Трудность решения споров,

---

<sup>47</sup> Opinion No 15 of the Consultative Council of European Judges. 2012. On the specialization of judges. Para 8. Available at: <https://rm.coe.int/16807477d9> (дата обращения: 30.03.2021)

<sup>48</sup> Дж. Кац, касаясь вопроса судебной специализации, провел удачную, на наш взгляд, параллель между юриспруденцией и медициной: все врачи должны понимать основы медицины, анатомию и физиологию, а также обладать или приобретать необходимые навыки межличностного общения, чтобы общаться с пациентами. Это все является частью их подготовки, будь то медицинское учебное заведение или опыт, приобретенный в годы профессионального становления. Но ни один пациент с серьезной болезнью сердца не пойдет к неврологу, даже если невролог будет обладать базовыми или фундаментальными знаниями о сердечной функции [Katz J., 2012: 38].

возникающих из международной коммерческой деятельности, связывается не только со сложностью и масштабностью самих этих отношений, но и с обширным массивом законодательства — применимым правом, состоящим из норм иностранного права и положений международных договоров.

Итак, судебная специализация в сфере рассмотрения международных коммерческих споров, на наш взгляд, оправдана, поскольку она обеспечивает результативность судопроизводства и качество выносимых решений, т.е. способствует должному отправлению правосудия, что выступает существенным положительным фактором инвестиционной привлекательности конкретной юрисдикции.

## **Заключение**

В настоящее время традиционное соперничество государств прекратилось, перейдя из военно-политической в экономическую сферу, смещение противоборства в эту сторону очевидно. Центр силы в мире зависит от расположения основных экономических центров, регионов, природных ресурсов, производительных сил. Экономическая реальность, таким образом, оказывается определяющей. При этом в сфере мировой экономики значительную часть образует частный, в том числе транснациональный капитал, логика поведения которого может не совпадать с задачами отдельных наций, государств. Вместе с тем государства могут подталкивать транснациональные силы в лице международного корпоративного бизнеса к действиям, отвечающим интересам государственной экономической политики, следуя их логике и предусматривая соответствующие стимулы и преимущества, например, в сфере налогообложения, инфраструктуры, рабочей силы. Равным образом это касается услуг по урегулированию международных коммерческих споров, отправления правосудия в экономической сфере.

В то время как одни международные торговые суды создаются параллельно существующей в государстве системе судебных органов, другие учреждаются в рамках организованной судебной системы как *de facto* самостоятельные специализированные суды или же образуют отдельную международную палату при действующем суде с отличительными процедурными правилами. Международные торговые суды, как считается в экономически развитых странах, предлагают надежную, прозрачную и справедливую площадку разрешения споров. Миссия специализированных судов — оправдать ожидания международного делового сообщества и обеспечить предсказуемую защиту на надежной и справедливой площадке урегулирования международных коммерческих споров.

Существует множество внешних и внутренних факторов и вопросов, которые следует учитывать при определении оптимальной структуры и схемы

организации работы судебной системы, а критерии для создания специализированных судов или судебных палат не всегда легко установить. Общим объединяющим началом обозреваемых судов выступает готовность оправдать ожидания мирового бизнес-сообщества (а его интересуют надежные площадки урегулирования потенциальных споров), стремление обеспечить действенные средства разрешения международных коммерческих споров в целях развития, диверсификации национальной экономики, повышения ее инвестиционной привлекательности на региональном и международном уровнях, развития финансовых и профессиональных услуг, оказания содействия функционирующему в государстве международному финансовому центру с характеристиками зоны свободной торговли.

Образование международных торговых (коммерческих) судов — пример государственной поддержки экономики с использованием на арене международного бизнеса силы государств в виде судебной системы. Повышать экономическую привлекательность национальной экономики в среде потенциальных инвесторов очень важно с помощью закона и суда, его применяющего.



## Библиография

Брановицкий К.Л. Актуальное правовое регулирование вопросов международной компетенции в правопорядках государств-членов ЕАЭС. Влияние отдельных правовых реформ Республики Казахстан на действующее международное регулирование в сфере гражданского процесса // Российский юридический журнал. 2018. № 6. С. 139–213.

Вульф Г. Суд МФЦА: Настоящее и будущее. Нур-Султан: МФЦА, 2019. 308 с.

Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С., Филатова М.А. Международный гражданский процесс. М.: Юрайт, 2020. 343 с.

Хабриева Т.Я., Доронина Н.Г. Правовые предпосылки к созданию международного финансового центра в России / Международный финансовый центр в России: экономические проблемы и юридические решения. М.: Дело, 2011. С. 253–274.

Яковлев В.Ф. Избранные труды. Т. 3: Арбитражные суды: становление и развитие. М.: Статут, 2013. 749 с.

Bauw E. Commercial Litigation in Europe in Transformation: The Case of the Netherlands Commercial Court. *Erasmus Law Review*, 2019, no 1, pp. 15–23.

Bechtold S., Frankenreiter J., Klerman D. Forum Selling abroad. *Southern California Law Review*, 2019, vol. 92, no 3, pp. 487–556.

Blair W. The New Litigation Landscape: International Commercial Courts and Procedural Innovations. *International Journal of Procedural Law*, 2019, vol. 9, no 2, pp. 212–234.

Gramckow H., Walsh B. Developing Specialized Court Services: International Experiences and Lessons Learned. Available at: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/688441468335989050/pdf/819460WP0Devel00Box379851B00PUBLIC0.pdf> (дата обращения: 30.03.2021).

Hess B. The Justice Initiative. Frankfurt am Main, 2017. Available at: <http://conflictoflaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/> (дата обращения: 30.03.2021).

Hess B., Boerner T. Chambers for International Commercial Disputes in Germany: The State of Affairs. *Erasmus Law Review*, 2019, no 1, pp. 33–41.

Huo Z., Yip M. Comparing the International Commercial Courts of China with the Singapore International Commercial Court. *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, N 4, pp. 903–942.

Isidro M. New Courts for International Commercial Disputes in Germany. Available at: <https://eapil.org/2020/11/23/new-courts-for-international-commercial-disputes-in-germany/comment-page-1/> (дата обращения: 30.03.2021)

Katz J. Access to Justice from the Perspective of the Commercial Community: Judicial Specialization. *Auckland University Law Review*, 2012, vol. 18, pp. 37–46.

Kramer X., Sorabji J. International Business Courts in Europe and Beyond: A Global Competition for Justice? *Erasmus Law Review*, 2019, no 1, pp. 1–9.

Ostrager B. New York's commercial division: premier forum for the resolution of international business disputes. *New York State Bar Journal*, 2020, no 4, pp. 16–19.

Rowan S. The New French Law of Contract. *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, vol. 66, no 4, pp. 805–832.

Sharar Z. Comparative Guide to the Proceedings of a Case in the Qatar International Court and in the Qatar National Courts. *Qatar Business Law Review*, 2020, no 2, pp. 34–37.

Silvestri E. Judicial Specialization: in Search of the 'Right' Judge for Each Case? *Russian Law Journal*, 2014, issue 4, pp. 165–175.

Steel W. Judicial Specialization in a Generalist Jurisdiction: Is Commercial Specialization within the High Court Justified? *Victoria University of Wellington Law Review*, 2015, vol. 46, pp. 307–360.

Themeli E. Matchmaking International Commercial Courts and Lawyers' Preferences in Europe. *Erasmus Law Review*, 2019, no 1, pp. 70–81.

Themeli E. The Great Race of Courts: Civil Justice System Competition in the European Union. Doctoral Thesis. Rotterdam, 2018. 441 p.

Thomas J. Keeping Commercial Law up to Date. Available at: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/05/lcj-aston-university-speech-8-march-2017.pdf> (дата обращения: 30.03.2021)

Walker J. Specialized International Courts: Keeping Arbitration on Top of its Game. *Arbitration: International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2019, vol. 85, N 1, pp. 2–23.

Yip M. Singapore International Commercial Court: The Future of Litigation? *Erasmus Law Review*, 2019, no 1, pp. 82–97.

---

## Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 3

### Specialized State Courts – a Relevant Forum for Resolving International Commercial Disputes



**Andrey Schukin**

Leading Researcher, Department of Private International Law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: pil@izak.ru



## Abstract

States in Asia, the Middle East and Europe improve their commercial contract law, reform judicial procedures and create innovative specialized courts to handle international commercial disputes so that their legal systems can play a meaningful role in the development of national economies in a globalized world. In a number of countries the creation of such specialized courts has broadened the choice of ways to protect participants in the global business community. Over the past ten to fifteen years, international trade (commercial) courts have been constituted in China, France, Kazakhstan, the Netherlands, and Singapore. New initiatives to constitute such courts are underway; for example in Switzerland this issue is on the agenda of governmental authorities. The proliferation of international trade (commercial) courts in Europe, some Asian countries and other regions of the world raises considerable interest among an academic community as well as practitioners. This article provides an overview, based on foreign sources, of the procedure for resolving international commercial disputes by specialized courts. It identifies their key features (also in terms of procedural innovations) and the main reasons for their creation within the legal systems of individual states. The growing number of specialized courts, which adjudicate international commercial disputes, is conditional due to a number of reasons. Among them there are: 1) the need to strengthen the national economy, ensuring its competitiveness on a global scale; 2) increased competition for legal services markets; 3) the interest in ensuring the rule of law in international trade and financial activities; 4) the specialization of judicial activity; 5) increasing the prestige and reputation of national law in international markets. The formation of international trade (commercial) courts is an example of states support their economies in the arena of international business by using their power in the form of the judicial system, offering appropriate comfort, benefit, and advantage.



## Keywords

international trade (commercial) courts, specialized state courts, international commercial disputes, economic component of justice, Singapore International Commercial Court, International Chamber of Paris Court of Appeal, Dubai International Financial Center courts, forum.

**Acknowledgements:** the work was fulfilled with use of data from information system Konsultant Plus.

**For citation:** Schukin A.I. (2021) Specialized State Courts — a Relevant Forum for Resolving International Commercial Disputes. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 175–207 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.175.207



## References

- Bauw E. (2019) Commercial Litigation in Europe in Transformation: The Case of the Netherlands Commercial Court. *Erasmus Law Review*, vol. 12, no 1, pp. 15–23.
- Bechtold S., Frankenreiter J., Klerman D. (2019) Forum Selling Abroad. *Southern California Law Review*, vol. 92, no 3, pp. 487–556.
- Blair W. (2019) The New Litigation Landscape: International Commercial Courts and Procedural Innovations. *International Journal of Procedural Law*, no 2, pp. 212–234.
- Get'man-Pavlova I.V., Kasatkina A.S., Filatova M.A. (2017) *The International civil procedure*. Moscow: Yurait, 271 p. (in Russian)

- Gramckow H., Walsh B. (2013) Developing Specialized Court Services: International Experiences and Lessons Learned. Available at: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/688441468335989050/pdf/819460WP0DevelI00Box379851B00PUBLIC0.pdf> (дата обращения: 30.03.2021)
- Hess B. (2017) The Justice Initiative Frankfurt am Main. Available at: <http://conflictoflaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/> (дата обращения: 30.03.2021)
- Hess B., Boerner T. (2019) Chambers for International Commercial Disputes in Germany: The State of Affairs. *Erasmus Law Review*, vol. 12, no 1, pp. 33–41.
- Huo Z., Yip M. (2019) Comparing the International Commercial Courts of China with the Singapore International Commercial Court. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, issue 4, pp. 903–942.
- Isidro M. (2020) New Courts for International Commercial Disputes in Germany. Available at: <https://eapil.org/2020/11/23/new-courts-for-international-commercial-disputes-in-germany/comment-page-1/> (дата обращения: 30.03.2021)
- Katz J. (2012) Access to Justice from the Perspective of the Commercial Community: Judicial Specialization. *Auckland University Law Review*, vol. 18, pp. 37–46.
- Khabrieva T.Y., Doronina N.G. (2011) Legal prerequisites for the creation of an international financial center in Russia. International financial center in Russia: economic problems and legal solutions. Moscow: Delo, pp. 253–274 (in Russian)
- Kramer X., Sorabji J. (2019) International Business Courts in Europe and Beyond: A Global Competition for Justice? *Erasmus Law Review*, vol. 12, no 1, pp. 1–9.
- Ostrager B. (2020) New York's Commercial Division: The Premier Forum for the Resolution of International Business Disputes. *New York State Bar Journal*, no 4, pp. 16–19.
- Rowan S. (2017) The New French Law of Contract. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, no 4, pp. 805–832.
- Sharar Z. (2020) A Comparative Guide to the Proceedings of a Case in the Qatar International Court and in the Qatar National Courts. *Qatar Business Law Review*, no 2, pp. 34–37.
- Silvestri E. (2014) Judicial Specialization: in Search of the 'Right' Judge for Each Case? *Russian Law Journal*, issue 4, pp. 165–175.
- Steel W. (2015) Judicial Specialization in a Generalist Jurisdiction: Is Commercial Specialization within the High Court Justified? *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 46, pp. 307–360.
- Themeli E. (2018) The Great Race of Courts: Civil Justice System Competition in the European Union. Doctoral Thesis. Rotterdam, 441 p.
- Themeli E. (2019) Matchmaking International Commercial Courts and Lawyers' Preferences in Europe. *Erasmus Law Review*, vol. 12, no 1, pp. 70–81.
- Thomas J. (2017) Keeping Commercial Law Up to Date. Available at: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/05/lcj-aston-university-speech-8-march-2017.pdf> (дата обращения: 30.03.2021)
- Walker J. (2019) Specialized International Courts: Keeping Arbitration on Top of its Game. *International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 85, no 1, pp. 2–23.
- Woolf G. (2019) *A Vision of the AIFC Court*. Nur-Sultan: AIFC, 308 p. (in Russian)
- Yakovlev V.F. (2013) *Selected Works. Vol. 3: Arbitration Courts: Formation and Development*. Moscow: Statut, 749 p. (in Russian)
- Yip M. (2019) The Singapore International Commercial Court: The Future of Litigation? *Erasmus Law Review*, vol. 12, no 1, pp. 82–97.

# Раннее предупреждение как инструмент контроля принципа субсидиарности в законодательном процессе Европейского союза (региональное измерение)

---



**И.В. Ирхин**

Старший научный сотрудник Кубанского государственного университета, доктор юридических наук. Адрес: 350000, Российская Федерация, Краснодар, ул. Ставропольская, 149. E-mail: dissertacia@yandex.ru

---



## **Аннотация**

Предметом исследования являются правовые положения, регламентирующие институциональную архитектуру механизма раннего предупреждения как инструмента контроля принципа субсидиарности в Европейском союзе (далее — ЕС). Цель исследования — анализ публично-правовых средств, способных усовершенствовать формулы (модели) участия региональных парламентов в механизме раннего предупреждения, чтобы сократить демократический дефицит, вызванный особенностями «схемы дислокации» различных акторов ЕС. Методологический аппарат статьи сформирован на основе формально-юридического, сравнительно-правового, исторического, системно-структурного и герменевтического методов, а также методов анализа, синтеза, дедукции, индукции. В рамках исследования рассмотрены особенности и проблемы регулирования в европейском праве режима участия региональных легислатур в проверке соответствия законодательных предложений ЕС принципу субсидиарности. Акцентировано внимание на отсутствии определения понятия «региональный парламент с законодательными полномочиями», на обусловленной данной дефиницией коллизионной составляющей (на примере Италии). Подчеркивается проблематика эффективности механизма раннего предупреждения, детерминированная необходимостью учета принципов пропорциональности и наделения компетенцией при проверке соответствия законодательного проекта ЕС принципу субсидиарности. Особое внимание уделяется диспозитивной формуле реализации прав и обязанностей при проведении национальными парламентами консультаций с региональными легислатурами. Указан факультативный характер обязанности региональных парламентов проводить проверки соответствия законопроекта ЕС принципу субсидиарности. Подчеркивается, что отсутствие рамочной унифицированной модели организации и консультаций с региональными парламентами в рамках механизма раннего предупреждения предопределяет формирование множественных вариативных практик правового регулирования в рамках гомогенной по сути институциональной структуры данного механизма. Рассмотрены применяющиеся в праве государств-членов ЕС подходы к регламентации участия региональных парламентов в механизме раннего предупреждения. Уделено вни-

мание вопросам дифференциации возможностей участия региональных парламентов в оценке соответствия законодательных предложений ЕС принципу subsidiarity в зависимости от модификаций порядка формирования верхних палат национальных парламентов. Сформулирован вывод, что региональное измерение механизма раннего предупреждения характеризуется фрагментарной (дискретной) и факультативной (диспозитивной) формами реализации. Сделано заключение, что конституционно-правовой статус региональных legislatures в рамках механизма раннего предупреждения характеризуется ограниченными ресурсными возможностями.

---



### Ключевые слова

европейское право, принцип subsidiarity, механизм раннего предупреждения, государства-члены ЕС, национальные парламенты, региональные legislatures, фрагментарность, факультативность.

---

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

**Для цитирования:** Ирхин И.В. Раннее предупреждение как инструмент контроля принципа subsidiarity в законодательном процессе Европейского союза (региональное измерение) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 208–230.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.208.230

## Введение

Принцип subsidiarity ныне официально признается одним из организационных принципов (наряду с принципами пропорциональности, наделения компетенцией) Европейского союза. Статья 5 Лиссабонского договора (2007)<sup>1</sup> устанавливает, что согласно принципу subsidiarity, Союз в сферах, которые не относятся к его исключительной компетенции, действует лишь тогда и в такой степени, в какой цели предполагаемого действия не могут должным образом быть достигнуты государствами-членами на центральном, региональном или местном уровне, но ввиду масштабов или последствий предполагаемого действия могут быть лучше достигнуты на уровне Союза<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Договор о Европейском союзе (Маастрихт, 08.03.1992) (в ред. Лиссабонского договора 2007 г.) (2016/С 202/01) // СПС Гарант.

<sup>2</sup> В концептуальном контексте принцип subsidiarity можно определить как комплекс основополагающих правил распределения полномочий и гарантий их реализации, а также ответственности между вышестоящими и нижестоящими уровнями публичного управления. В соответствии с данным принципом обеспечивается наиболее эффективное и приближенное к населению решение вопросов в рамках сферы конкурирующей компетенции в целях обеспечения возможности участия населения в разработке публично значимых решений (партиципаторная демократия).

Отличительной особенностью конфигурации принципа субсидиарности в редакции Лиссабонского договора является указание на его применение к региональному и местному уровням публичного управления (наряду с национальным). Данный подход обусловлен необходимостью обеспечить дополнительную легитимацию решений органов публичной власти ЕС путем нейтрализации (сокращения) демократического дефицита, вызванного дистанцированностью населения и институтов ЕС в рамках европейского пространства.

В данном аспекте особое значение имеют гарантийные механизмы (инструментарий), нацеленные на обеспечение надлежащего применения принципа субсидиарности. В их ряду формально обозначено раннее предупреждение, из которого произрастает право национальных и региональных парламентов государств-членов ЕС давать оценку соответствия проектов законодательных актов интеграционного объединения принципу субсидиарности.

## **1. Институциональная архитектура механизма раннего предупреждения в праве ЕС и его региональное измерение**

Многоуровневая модель организации институциональной архитектуры ЕС предполагает наличие возможности участия всего круга интегрированных субъектов в процессах разработки общеобязательных решений. В литературе отмечается, что «в начале 1990-х годов присутствовал оптимистический взгляд на идею вовлечения регионов в процесс принятия решений на уровне ЕС. Европейский парламент и Европейская комиссия рассматривались в качестве акторов, имеющих собственные повестки, которые будут прилагать усилия для мобилизации регионов в качестве составных частей альянса, а также способствовать укреплению статусов наднационального и субнационального уровней в переговорах относительно государств-членов. Однако этот энтузиазм вскоре угас, а впоследствии центральные органы власти сохранили положение наиболее влиятельных акторов. Вопрос об участии регионов в формировании политического курса Европы остался открытым» [Hogenaur A.-E., 2016: 5].

Вместе с тем учет регионального и локального уровней в полной мере соответствует одному из определяющих критериев квалификации принципа субсидиарности об обеспечении приближенности решения вопросов к населению<sup>3</sup>. Речь идет о том, что принцип субсидиарности следует использовать

---

<sup>3</sup> Перечень критериев квалификации (применения) принципа субсидиарности может быть представлен следующим образом: приближенность к населению с целью обеспечить

для эффективного осуществления публично значимых функций при одновременной презумпции децентрализации (но не ее аксиоматизации) и максимально приближенного к населению механизма принятия решений.

В литературе отмечается, что «регионы и города играют важнейшую роль в имплементации европейской политики, они выступают основными экономическими акторами в силу того, что осуществляют администрирование наибольшего объема публичных инвестиционных проектов. Кроме того, региональный и муниципальный уровни власти представляют собой важнейшее звено управления в большинстве государств ЕС»<sup>4</sup>.

Статья 2 Протокола о применении принципов субсидиарности и пропорциональности (далее — Протокол №2) определяет, что перед предложением законопроекта Европейская комиссия проводит широкие консультации. Когда уместно, эти консультации должны учитывать региональное и местное измерение планируемых действий. При исключительной срочности Комиссия не проводит данных консультаций. Она мотивирует решение в своем предложении. В этом плане не вполне точен тезис о том, что «Европейская комиссия должна проводить широкие консультации до того, как предложить любой законопроект. В случаях, когда вопрос касается регионального или местного развития, консультации должны проводиться и с представителями соответствующих уровней» [Яровой Г.О., Белокурова Е.В., 2012: 119]. Формулировка положений ст. 2 Протокола не имеет императивного характера, а вопрос об «уместности» соответствующих консультаций Комиссия решает самостоятельно вне формально определенных критериев квалификации.

В современный период применяются различные формы участия регионов в процессах обсуждения и решения вопросов на уровне ЕС. Например, через национальные правительства и парламенты, региональные представительства в Брюсселе, путем работы в рамках Комитета регионов ЕС, на целевых (ad hoc) площадках ЕС. Наряду с этим регионы участвуют в законодательном процессе ЕС через свои законодательные органы в рамках механизма

---

возможность его непосредственного участия в разработке соответствующих решений (партиципаторная демократия); соответствие реализуемых мер целям создания интеграционного объединения; непринадлежность вопросов к сфере исключительного ведения ЕС; существующая причинно-следственная связь между действиями и уровнем, на котором они должны осуществляться; неспособность государств-членов ЕС достигнуть предполагаемых целей лучше, чем наднациональные органы ЕС (при условии, что анализ эффективности охватывает не только экономические, но и социальные, культурные, исторические, и иные качественные и количественные параметры текущего и перспективного периодов); масштабность целей и последствий предполагаемых действий, их пропорциональность (соразмерность).

<sup>4</sup> Subnational governments and EU affairs, 15 January — 23 February. P. 1. Available at: <https://cor.europa.eu/en/engage/Documents/Mooc/Mooc%202018/MOOC-Factsheet-Module-1-EN.pdf> (дата обращения: 17.09.2020)

раннего предупреждения. В доктрине порядок определения соответствия проекта законопроекта ЕС принципу субсидиарности получил наименование «механизм раннего предупреждения» [Scripsa A., 2017: 1], «система раннего предупреждения» [Chien-Yi Lu, 2015: 389]; [Boronska-Hryniewiecka K., 2013: 1]; [Huysmans M., 2017: 3], «процедура» [Стрежнева М., 2015: 57], «субсидиарный контрольный механизм» [Пименова О.И., 2015: 57].

На наш взгляд, наиболее подходящим термином является «механизм раннего предупреждения». Под ним предлагается понимать установленный порядок (который включает приемы, средства, способы, формы, условия) реализации мер по достижению конкретных целей, решению имманентных им (целям) задач. Систему можно определить как интегративное устойчивое динамическое аутентичное единство образующих элементов, обладающее качествами самостоятельности, обособленности, целостности, структурированности, завершенности (заметим, что механизм раннего предупреждения не вполне отвечает критериям системы, прежде всего из-за отсутствия качеств единства, структурированности). Процедура представляет собой набор определенных последовательных действий (алгоритм) в рамках установленного порядка реализации мер. Следует отметить, что процедура выступает неотъемлемой составляющей механизма раннего предупреждения, но только как средство достижения определенных целей и задач. В термине «субсидиарный контрольный механизм» сделан акцент на субсидиарности, однако данный термин имеет различные семантические значения (дополнительный, вспомогательный). При таком подходе можно допустить вариативную интерпретацию контроля принципа субсидиарности (например, как дополнительного (субсидиарного) контрольного механизма).

Механизм раннего предупреждения целесообразно рассматривать в широкой и узкой интерпретациях (смыслах). В широком смысле механизм раннего предупреждения — это административно-правовое и политическое средство оказания воздействия национальных парламентов на законодательный процесс ЕС посредством реализации мер по оценке соблюдения принципа субсидиарности с целью легитимации законодательных актов ЕС. В узком смысле механизм раннего предупреждения — порядок проведения национальными парламентами государств-членов проверок соответствия проектов законодательных актов ЕС принципу субсидиарности и реагирования на их результаты (мотивированные заключения) институтов ЕС.

Реализация механизма раннего предупреждения осуществляется за пределами исключительной компетенции Союза, а именно в рамках совместной компетенции ЕС и государств-членов, а также компетенции Союза осуществлять деятельность, направленную на поддержку, координацию или дополнение действий государств-членов, что обусловливается спецификой европейской модели применения принципа субсидиарности. Механизм раннего

предупреждения может быть реализован в негативной и позитивной формах. В первом случае речь идет о выражении позиций, нацеленных на сдерживание роли и влияния сферы регулирования национального права. Во втором — решения ориентированы на расширение области воздействия национального права.

Выделяются юридический и политический подходы к интерпретации механизма раннего предупреждения. Н. Лупо указывает, что «в юридическом контексте предполагается, что парламентам необходимо верифицировать соответствие представленного проекта законодательного акта принципу субсидиарности. В политическом ракурсе предусматривается, что парламенты могут оценивать законопроект на соответствие принципу субсидиарности, а также иным параметрам и критериям» [Lupo N., 2013: 15].

И. Купер также выделяет юридическую и политическую стороны механизма раннего предупреждения. При этом в рамках политического аспекта подчеркивается возможность применения данного механизма в качестве инструментов «политического торга» (political bargaining) и «политических споров» (political arguing). По мнению И. Купера, «с юридической точки зрения, механизм раннего предупреждения предполагает строгое обеспечение соответствия законодательной деятельности ЕС принципу субсидиарности. Данного подхода прежде всего придерживается Европейская комиссия, что предопределяется узкой трактовкой значения принципа субсидиарности» [Cooper I., 2016: 20–22]. В другой работе И. Купер подчеркивает, что «механизм раннего предупреждения в целом не предполагает юридическую или техническую форму реализации. Скорее это новая арена демократической политики в ЕС» [Cooper I., 2015: 29]. Необходимо отметить, что демократическая политика не должна осуществляться в отрыве от юридических критериев и условий реализации, а также вне соответствующей «технической» процедуры.

Как инструмент «политического торга» (по И. Куперу), субсидиарность являет собой эластичную концепцию, не имеющую фиксированного значения, в рамках которой национальные парламенты пытаются опровергнуть законопроект ЕС на основании политических аргументов, при этом субсидиарность используется в качестве предлога для такой аргументации. В этом ракурсе национальные парламенты воспринимают Комиссию как противника, а механизм раннего предупреждения используется постольку, поскольку он оставляет парламентам значительно больше возможностей для оказания воздействия на законодательный процесс ЕС.

Механизм раннего предупреждения как инструмент «политических споров» предполагает его применение в качестве средства артикуляции возражений на законопроект ЕС на основании аргументов, смежных по отношению к субсидиарности. В этом случае Комиссия квалифицируется в качестве собеседника (interlocutor) (что отличается от узкого юридического подхода);

от модели идентификации механизма раннего предупреждения как инструмента «ведения политического торга» данный вариант отличается отказом от употребления возражений, основанных исключительно на доводах политической целесообразности даже при условии, что такие возражения включают значительно более широкий политический контекст [Cooper I., 2016: 20–22].

Ввиду того, что принцип субсидиарности имеет симбиотическую (смешанную) конфигурацию с элементами динамизма, на практике сложно провести четкие грани между указанными демаркирующими качественными признаками в рамках механизма раннего предупреждения (политическими и правовыми). Вместе с тем для развития доктрины изучаемого феномена выделяемые характеристики бесспорно полезны. Необходимо отметить, что в структуре механизма раннего предупреждения следует также учитывать административную составляющую, отражающую содержание и формы процедуры его реализации (алгоритм действий) с присущими особенностями.

Согласно ст. 6 Протокола № 2 при применении принципов субсидиарности и пропорциональности каждый национальный парламент или каждая палата национального парламента, когда уместно, может проводить консультации с региональными парламентами, обладающими законодательными полномочиями. Такие парламента сформированы в Австрии, Бельгии, Испании, Италии, Португалии, Финляндии, ФРГ. В литературе указывается, что «Лиссабонский договор впервые признал, что субнациональные парламента с законодательными полномочиями являются самостоятельной категорией демократических институтов, обладающим правом на участие в контроле законодательного процесса ЕС» [Boronska-Hryniewiecka K., 2017: 255].

Ст. 6 Протокола № 2 не содержит определения понятия «региональный парламент с законодательными полномочиями». Государства-члены ЕС самостоятельно интерпретируют рассматриваемые положения, что в целом представляется закономерным, поскольку институционализация правового статуса региональных legislatures относится к исключительной (совместной с регионами) компетенции членов ЕС. Однако необходимо обратить внимание, что даже такая обобщенная формулировка вызывает коллизии с национальным законодательством некоторых государств-членов. Так, Конституционный Суд Италии запретил использование наименования «парламент» всем органам публичной власти, кроме национального парламента. Обосновывается это тем, что национальный парламент признается единственным конституционным органом, обеспечивающим политическое представительство на государственном уровне [Fasone C., 2015: 6].

Проверка региональными legislatures законодательного предложения (законопроекта)<sup>5</sup> ЕС осуществляется только на предмет его соответствия

---

<sup>5</sup> Согласно ст. 2 Протокола под законодательным предложением (законопроектом) понимаются предложения Комиссии, инициативы группы государств-членов, инициативы Евро-

принципу субсидиарности. Данный подход произведен от положений ст. 6 Протокола № 2, устанавливающих, что национальные парламенты оценивают законопроект исключительно на соответствие принципу субсидиарности. Такой подход не вполне обоснован, поскольку указанные принципы находятся в состоянии диалектического единства, обусловленного интегративностью имманентных для них признаков и критериев. Так, оценка законопроекта на соответствие принципу субсидиарности предполагает обязательное соблюдение соразмерности реализуемых мер (пропорциональности), а анализ пропорциональности не может проводиться вне разрешения вопроса об определении наиболее подходящего (с учетом всей полноты критериев) уровня реализации полномочий (субсидиарность). Кроме того, необходимо учитывать, что принцип наделения компетенцией фактически имплементирован в природу принципов субсидиарности и пропорциональности. Он позволяет оценить достаточность оснований для осуществления регуляции (реализации полномочий) на наднациональном и национальном (субнациональном) уровнях.

Одной из проблем обеспечения эффективного функционирования механизма раннего предупреждения является ограниченность срока проверки соответствия принципу субсидиарности законодательных предложений ЕС. Имеется в виду, что установленный ст. 6 Протокола № 2 восьминедельный период рассмотрения национальными парламентами законодательного предложения ЕС для региональных легислатур закономерно сокращается. При анализе объемных законопроектов это не позволяет обеспечить их тщательное всестороннее рассмотрение.

Особое внимание следует обратить на факультативный режим проведения национальными парламентами консультаций с региональными легислатурами. Положения ст. 6 Протокола № 2 фактически предусматривают дискреционное право парламентов государств-членов ЕС принимать решения о привлечении региональных легислатур к проверке соответствия законодательных предложений ЕС принципу субсидиарности в рамках механизма раннего предупреждения. Обязанность парламентов регионов осуществлять проверку соблюдения принципа субсидиарности при рассмотрении законопроектов ЕС, направленных соответствующими национальными парламентами, не предусмотрена.

Такой подход фрагментирует практику анализа принципа субсидиарности в различных государствах. Примечательно, что «субнациональные парламенты менее децентрализованных государств показывают высокую активность в рамках механизма раннего предупреждения по сравнению с

---

пейского парламента, запросы Суда, рекомендации Европейского центрального банка и запросы Европейского инвестиционного банка, направленные на принятие законодательного акта. В данном аспекте усматривается проблематика ограничения возможностей проверки всего массива правовых актов ЕС на соответствие принципу субсидиарности.

федеративными государствами, что в большей степени способствует развитию тенденции европеизации» [Boronska-Hryniewiecka K., 2017: 256].

Различные объемы участия региональных легислатур также прослеживаются в рамках одного государства. Так, в ФРГ в рамках механизма раннего предупреждения наибольшую активность проявляют Бавария и Баден-Вюртемберг. В свою очередь Бремен, Северный Рейн-Вестфалия, Гамбург, Саксония, Мекленбург — Передняя Померания практически не участвуют в этом направлении деятельности [Boronska-Hryniewiecka K., 2013: 16].

С нашей точки зрения, диспозитивная формула реализации прав и обязанностей отрицательно сказывается на эффективности механизма раннего предупреждения, так как дезавуируется имманентный для принципа субсидиарности критерий обеспечения приближенности к населению центра принятия решений. В прикладном аспекте отсутствие нормативно установленных гарантий учета мнений региональных парламентов не может не вызывать с их стороны соразмерного скепсиса к своей роли и значению в законодательном процессе ЕС.

Рамочная модель правового регулирования участия региональных легислатур в механизме раннего предупреждения была бы более продуктивной при условии фиксации обязанности национальных парламентов направлять законодательные предложения ЕС в их адрес, если проект правового акта затрагивает интересы регионов, с последующим учетом направленных легислатурами мнений. На региональные парламенты следовало бы возложить корреспондирующую обязанность по проверке законопроектов, подготовке аргументированных мнений и их передаче в национальный парламент.

## **2. Региональное измерение механизма раннего предупреждения в праве государств-членов ЕС**

Отсутствие в европейском праве норм, регламентирующих общий порядок проведения национальными парламентами консультаций с региональными легислатурами, продуцирует формирование множественных диверсифицированных моделей в рамках внутринационального права государств-членов ЕС. В зависимости от специфики политического режима, институциональных особенностей воплощения принципа разделения властей, удельного веса законодательной и исполнительной власти в рамках механизма сдержек и противовесов, структуры государственно-территориального устройства моделируется формат взаимоотношений между национальными и региональными парламентами.

В Италии принят Закон от 24.12.2012 № 234 «Об общих правилах участия Италии в проверке и имплементации законодательства и политики Евро-

пейского союза»<sup>6</sup>, ст. 8 которого предусматривает, что палаты итальянского парламента могут консультироваться с советами регионов (областей) и автономных провинций по вопросу соблюдения принципа субсидиарности. При этом необходимо отметить, что ст. 6 Протокола № 2 не допускает консультаций с внутригосударственными территориальными единицами по уровню, не соответствующему регионам<sup>7</sup>. В свою очередь, автономные провинции Тренто и Больцано не являются регионами Италии, а представляют собой внутрискруктурные территориальные образования региона Трентино-Альто-Адидже.

Согласно ст. 25 Закона № 234 при проверке соответствия законодательных предложений ЕС принципу субсидиарности законодательные Советы могут направлять их заключения в палаты национального парламента с одновременным информированием Конференции председателей законодательных Советов регионов и автономных провинций. Статья 22 данного документа устанавливает, что председатель Совета министров Италии созывает не реже раза в четыре месяца специальную сессию Постоянной конференции по вопросам отношений между государством, регионами и автономными провинциями для изучения вопросов региональной политики ЕС и обеспечения ее взаимосвязи с государственной политикой Италии. Конференция осуществляет оценку базовых принципов разработки и реализации актов ЕС применительно к компетенции регионов и автономных провинций, критериев и методов исполнения функций регионами и автономными провинциями в ракурсе региональной политики ЕС, проектов актов делегированного законодательства ЕС и европейского права.

Согласно ст. 24 Закона № 234 проекты и документы ЕС подлежат направлению председателем Совета министров Италии или министром по делам ЕС в адрес Конференции регионов и автономных провинций, а также в адрес Конференции председателей законодательных Советов регионов и автономных провинций для передачи их правительствам и Советам. С целью формирования позиции в отношении проектов регионы и автономные провинции в рамках своей компетенции могут направить заключения в пределах 30 дней председателю Совета министров Италии или министру по делам ЕС Италии, одновременно проинформировав палаты национального парламента и обе Конференции. Если законопроект ЕС касается вопросов законодательной компетенции регионов и автономных провинций, то по

<sup>6</sup> Legge 24 dicembre 2012, n. 234 (in *G.U.* n. 3 del 4 gennaio 2013) — Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea. Available at: <http://www.lexitalia.it/leggi/2012-234.htm> (дата обращения: 17.09.2020)

<sup>7</sup> Ст. 6 Протокола № 2 определяет, что каждый национальный парламента или каждая палата национального парламента может проводить консультации с региональными парламентами, обладающими законодательными полномочиями.

инициативе любого региона или автономной провинции председатель Совета министров Италии или уполномоченный им министр должны созвать Постоянную конференцию по вопросам отношений между государством, регионами и автономными провинциями для выработки согласованной позиции. По требованию указанной Конференции правительство может зарезервировать рассмотрение конкретного законопроекта в Совете ЕС.

Некоторые авторы указывают, что в «Италии благодаря механизму раннего предупреждения, предусматривающего непосредственное взаимодействие между национальным парламентом и региональными парламентами, впервые региональные Советы получили возможность восполнить пробел, вызванный отсутствием на государственном уровне палаты регионального представительства» [Fasone С., 2015: 29].

В Испании диверсифицированная модель участия региональных парламентах в законодательном процессе ЕС через механизм раннего предупреждения проявляется весьма отчетливо, что предопределяется имманентными особенностями ее государственно-территориальной структуры, в том числе асимметричной конфигурацией конституционно-правовых статусов представительных органов автономных сообществ.

На государственном уровне действует Акт № 24 2009 года<sup>8</sup>. Его Статья 6 определяет, что Конгресс депутатов и Сенат незамедлительно после получения законопроекта ЕС должны направить его в парламенты автономных сообществ для получения их заключений. Парламенты вправе направить свои мнения о применении принципа субсидиарности в объединенный комитет обеих палат в соответствии с нормами европейского права. Срок для рассмотрения законодательных предложений ЕС в региональных парламентах Испании составляет четыре месяца. Если объединенным комитетом принимается аргументированное заключение о нарушении принципа субсидиарности законопроектом ЕС, то к нему должен быть приложен перечень мнений парламентов автономных сообществ и необходимые ссылки на проведенные с ними консультации.

На уровне автономных сообществ Испании порядок участия парламентах в механизме раннего предупреждения регулируется в статутах, регламентах, специальных актах. Законодатели некоторых автономных сообществ придерживаются правила, что законопроекты ЕС должны также проверяться на соответствие принципу пропорциональности. Статья 188 Статута Каталонии<sup>9</sup> определяет, что парламент данного автономного сообщества участвует

---

<sup>8</sup> Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea. Available at: URL: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1994/BOE-A-1994-11418-consolidado.pdf> (дата обращения: 17.09.2020)

<sup>9</sup> Статут Каталонии, 19 июля 2006 г. Available at: <https://www.parlament.cat/document/catalleg/150268.pdf> (дата обращения: 17.09.2020)

в процессах проверки соблюдения принципа субсидиарности и пропорциональности, установленным европейским правом, в отношении законодательных предложений ЕС, которые влияют на полномочия Женеалитета. Аналогичные формулировки содержатся в статутах Андалусии (ст. 237)<sup>10</sup>, Арагона (ст. 93)<sup>11</sup>, Кастилии и Леона (ст. 62)<sup>12</sup> и других автономных сообществ. Статут Балеарских островов<sup>13</sup> предусматривает только проверку законопроектов на соответствие принципу субсидиарности (ст. 112).

Согласно ст. 184 Статута Каталонии Женеалитет участвует в соответствии с условиями, определенными Статутом и законодательством Испании, в сферах, относящихся к ЕС, если это влияет на полномочия или интересы Каталонии. Женеалитет должен быть проинформирован национальным правительством об инициативах по пересмотру соглашений ЕС, а также последствиях их подписания и ратификации. Женеалитет и парламент Каталонии должны направить в национальное правительство и Генеральные Кортесы замечания и предложения в отношении соответствующих актов. Правительство может включить представителей Женеалитета в состав испанской делегации для участия в работе по пересмотру и согласованию условий новых соглашений по вопросам, которые относятся к исключительной компетенции Женеалитета (ст. 185 Статута).

По ст. 186 Статута Каталонии Женеалитет участвует в формировании позиции государства перед ЕС по вопросам, которые касаются полномочий или интересов Каталонии, согласно условиям, определенным настоящим Статутом и регулирующим законодательством. Также Женеалитет должен участвовать в формировании позиции государства по вопросам ЕС, которые имеют прямое отношение к Каталонии. Позиция, выраженная Женеалитетом, является решающей при формировании государственной позиции, если вопрос касается исключительных полномочий Каталонии, а также при условии, что законодательное предложение ЕС может вызывать особо значимые финансовые или административные последствия для автономно-

---

<sup>10</sup> Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-5825> (дата обращения: 17.09.2020)

<sup>11</sup> Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. Available at: [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/estatutos/e\\_64\\_esp.a.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/estatutos/e_64_esp.a.pdf) (дата обращения: 17.09.2020)

<sup>12</sup> Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Available at: [http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100/1197356527164/\\_/1195686960834/Texto](http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100/1197356527164/_/1195686960834/Texto) (дата обращения: 17.09.2020)

<sup>13</sup> Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4233> (дата обращения: 17.09.2020)

го сообщества. Во всех других случаях позиция Каталонии должна быть «услышана государством».

Статья 61 Статута Валенсии<sup>14</sup> устанавливает, что Валенсия, являясь регионом ЕС, без нарушения законодательства Испании будет участвовать в контрольных механизмах принципа субсидиарности, которые предусмотрены европейским правом. Валенсия имеет право участвовать во всех процессах, предусмотренных Испанией при формировании позиции Испании в рамках работы европейских институтов при условии, когда это относится к компетенции Валенсии. Также позиция Валенсии должна быть заслушана, когда вопросы напрямую не касаются компетенции автономного сообщества, но могут прямо или косвенно повлиять на нее.

В литературе указывается, что «в отличие от других государств-членов ЕС, в рамках которых учреждены региональные парламенты с законодательными полномочиями, испанским региональным легислатурам отведено весьма скромное место. Мнения, направляемые региональными парламентами, могут достичь европейских институтов только, если объединенный комитет национального парламента так решит. В противном случае легислатуры автономных сообществ Испании не вправе требовать ни пересмотра решений национального парламента, ни обоснования сформулированной им позиции» [Borońska-Hryniewiecka К., 2013: 14]. Вместе с тем «практически все региональные парламенты Испании на постоянной взаимодействуют с исполнительной властью на предмет проверки соблюдения принципа субсидиарности (исключение составляет Каталония). Благодаря этому, отмечается улучшение сотрудничества между исполнительной и законодательной властями, развивающееся на основе взаимной поддержки [Borońska-Hryniewiecka К., 2017: 267].

Акт об автономии Аландских островов Финляндии<sup>15</sup> предусматривает, что правительство автономии вправе участвовать в рамках Государственного совета в подготовке государственной позиции Финляндии прежде чем будет принято решение ЕС, если этот вопрос относится к компетенции Аландских островов или иным образом может иметь особое значение. Когда позиции островов и Финляндии не могут быть согласованы в вопросах, находящихся в пределах компетенции островов, то их позиция должна быть отражена в ходе обоснования позиции Финляндии в институтах ЕС. Если решение, принимаемое ЕС, относится в полной мере или отчасти к применению общего подхода ЕС к островам, то правительство островов должно

---

<sup>14</sup> Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Available at: URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-17235> (дата обращения: 17.09.2020)

<sup>15</sup> Act on the Autonomy of Åland (16 August 1991/1144). Available at: <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1991/en19911144.pdf> (дата обращения: 17.09.2020)

сформулировать позицию Финляндии в той мере, в которой вопрос будет по существу попадать в сферу компетенции островов. Правительство Аландских островов должно информироваться о названных вопросах на стадии их подготовки в ЕС (ст. 59а).

Исключительный случай являет Бельгия, поскольку парламентские собрания сообществ и регионов данного государства на равных началах с Палатой представителей и Сенатом участвуют в механизме раннего предупреждения.

Таким образом, отсутствие рамочной унифицированной модели организации и проведения консультаций с региональными парламентами в рамках механизма раннего предупреждения предопределяет формирование множественных вариативных практик правового регулирования в рамках гомогенной, по сути, институциональной структуры. Различные «технологические аспекты» консультационных мероприятий, несомненно, должны находиться в ведении государств-членов ЕС. Однако единые стандарты целесообразно было бы определить на уровне европейского права, чтобы избежать рисков девальвации субъектной причастности региональных парламентов к принципу субсидиарности.

В литературе указывается, что в «нынешних условиях большинство требований региональных парламентов сводятся к двум позициям: «разрешите войти», «оставьте нас в покое». В первом случае предполагается их активное участие в процессе разработке ЕС решений государствами-членами и европейскими институтами в сферах, где европейский уровень полномочий влияет на компетенцию регионов. Во втором случае фокус ориентирован на сохранение самостоятельной компетенции регионов без перенесения ее в пространство регуляции европейского права» [Alonso de Leon S., 2012: 305, 307].

Необходимо отметить, что среди регионов различных государств-членов ЕС действительно отсутствует единая консолидированная позиция оценки динамики нарастания/убывания удельного веса европейского права. Так, «традиционно слабые регионы получают от европейской интеграции определенные преимущества в форме финансирования и консультационные практики. В свою очередь, сильные регионы оценивают смещение их компетенции на европейский уровень как риск замены правомочий по принятию решений на консультации. В результате в законодательном отношении сильные регионы настаивали на усилении их роли в процессах разработки решений ЕС. В ряде случаев принимались меры по сдерживанию данных процессов. В частности, земли ФРГ придерживались стратегии защиты интересов государства и принадлежащей ему компетенции, а также предпринимали попытки переломить (roll-back) европейскую интеграцию, так как сильное национальное государство является лучшим гарантом региональной власти» [Högenaur A.-E., 2016: 5].

В этом плане неоднозначной является позиция о том, что «Лиссабонский договор придал новый импульс сотрудничеству между законодателями различных уровней управления в ЕС, усилив тенденцию к демократизации законодательного процесса ЕС за счет вовлеченности в него не только национальных, но и региональных парламентариев» [Пименова О.И., 2015: 26].

### **3. Верхние палаты национальных парламентов и региональные легислатуры в механизме раннего предупреждения**

В литературе нередко подчеркивается дифференцированный объем возможностей участия региональных парламентов в оценке соответствия актов ЕС принципу субсидиарности, обусловленный различными модификациями порядка формирования верхних палат национальных парламентов. Так, Е.Ф. Троицкий отмечает, что «в странах, где верхние палаты парламентов представляют субъекты федерации или административно-территориальные единицы, «система раннего предупреждения» открывает регионам прямую возможность влиять на законодательный процесс в ЕС. В настоящее время верхние палаты парламентов Австрии, Бельгии, Германии и (после реформы 2015 г.) Италии представляют непосредственно региональные интересы» [Троицкий Е.Ф., 2017: 69].

При условии, что роль и место региональных легислатур в формировании верхних палат национальных парламентов бесспорно оказывает влияние на ракурс мнений в отношении законодательных предложений ЕС, все же не следует аксиоматизировать презумпцию тождественности их содержания по указанному основанию. Оценка законодательных предложений определяется множественными перманентными и ситуативными факторами (социально-экономическая, общественно-политическая ситуация, внутрипартийная, межпартийная дифференциация и пр.).

Согласно ст. 35 Конституции Австрии<sup>16</sup> члены Федерального совета (Бундесрата) и их заместители избираются ландтагами на срок их полномочий на основе принципа пропорционального представительства. Между тем, «в Австрии члены Бундесрата обладают свободным мандатом, а потому могут свободно выражать мнение независимо от позиций региональных парламентов. Более того, данный вопрос увязан с политической композицией Бундесрата. Члены верхней палаты австрийского парламента входят в различные политические группы, которые могут иметь отличающиеся мнения относительно партий, обладающих большинством мест в региональных

---

<sup>16</sup> Конституция Австрийской Республики, 10 ноября 1920 г. Available at: <https://legalns.com> (дата обращения: 17.09.2020)

парламентах. Таким образом, член Бундесрата — депутат ландтага может придерживаться позиций, отличных от тех, которые разделяются партийным большинством его ландтага<sup>17</sup>. Вместе с тем случаев расхождения в позициях Бундесрата и региональных легислатур не зафиксировано<sup>18</sup>, но следует иметь в виду, что «ландтаги Австрии проверку соблюдения принципа субсидиарности осуществляют поверхностно (tentative) и от случая к случаю»<sup>19</sup>. Одновременно отмечается, что «многие региональные парламенты сожалеют о том, что только Бундесрат наделен правом обращения в Суд ЕС по основанию нарушения принципа субсидиарности»<sup>20</sup>.

Бундесрат ФРГ формируется правительствами земель (ст. 51 Основного закона). Соответственно влияние региональных парламентов на верхнюю палату германского парламента в рамках механизма раннего предупреждения зависит от взаимоотношений ландтагов с правительствами земель. В литературе отмечается, что «при таком способе формирования вполне очевидно, что представители правительств земель будут в полной мере следовать позиции исполнительной власти, в том числе в рамках федерального законодательного процесса. Исходя из этого, подчеркивается, что роль легислатур земель Германии на федеральном уровне является ограниченной. В системе органов публичной власти земель ФРГ доминирующие позиции занимают исполнительные органы власти, а значительная часть вопросов в сфере внутреннего самоуправления в Германии прорабатывается за «закрытыми дверями», без парламентов. Роль Бундесрата и парламентов земель зачастую сведена к штамповочным машинам» [Boronska-Hryniewiecka K., 2017: 265].

По ст. 57 Конституции Италии<sup>21</sup> Сенат Республики избирается на базе регионов за исключением мест, предназначенных для заграничного избирательного округа. Распределение мест между регионами (за исключением мест, предназначенных для заграничного избирательного округа) производится пропорционально численности населения регионов, определяемой последней переписью, на основе внутренних избирательных коэффициентов и правила наибольшего остатка. Сенаторы избираются всеобщим и прямым голосованием (ст. 58). В литературе подчеркивается, что Сенат Италии

<sup>17</sup> The Role of Regional Parliaments in the Process of Subsidiarity Analysis within the Early Warning System of the Lisbon Treaty. 2013. P. 19. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/12c6af71-ecbb-4120-b606-ced0703e08ed/language-en> (дата обращения: 17.09.2020)

<sup>18</sup> The Role of Regional Parliaments in the Process of Subsidiarity Analysis within the Early Warning System of the Lisbon Treaty. P. 19.

<sup>19</sup> Ibid. P. 11.

<sup>20</sup> Ibid. P. 19.

<sup>21</sup> Конституция Итальянской Республики, 27 декабря 1947 г. Available at: <http://wwwext.comune.fi.it/costituzione/cirillico.pdf> (дата обращения: 17.09.2020)

«не является органом представительства регионов» [Lupo N., Fasone C., 2016: 99], а «формулировку «на базе регионов» не следует трактовать в контексте регионального представительства, поскольку ее значение сводится к формируемому с учетом границ регионов избирательным округам, предназначенным для выборов в Сенат» [Lupo N., Piccirilli G., 2017: 288].

Следует обратить внимание на испанский опыт, поскольку верхняя палата национального парламента именуется палатой территориального представительства (ст. 69 Конституции Испании)<sup>22</sup>. От каждой провинции избирается по четыре сенатора всеобщим свободным равным прямым и тайным голосованием ее избирателей на условиях, предусмотренных законом. В островных провинциях каждый остров или группа островов, имеющих свой орган (кабильдо — островной совет), образуют округа для избрания сенаторов: по три сенатора избирает каждый из больших островов — это Большие Канарские острова, Мальорка и Тенерифе — и по одному каждый из следующих островов или групп островов — это Ибица, Форментера, Менорка, Фуэртенвентура, Гомера, Иерро, Лансароте и Ла-Пальма. Города Сеута и Мелилья избирают по два сенатора. Автономные сообщества избирают по одному сенатору и еще по одному от каждого миллиона населения, проживающего на их территории. Назначение осуществляется соответствующим законодательным собранием, а при его отсутствии — высшим коллегиальным органом автономного сообщества в соответствии с его уставом, который должен обеспечивать в любом случае адекватное пропорциональное представительство.

Однако исследователи отмечают, что «Сенат является слабой палатой, а потому оказываемое воздействие региональных легислатур в контексте принципа субсидиарности оказывается незначительным» [Boronska-Hryniewiecka K., 2017: 267]. В большей степени механизм раннего предупреждения является «средством информирования автономными парламентами о законодательных предложениях ЕС в процессе работы над ними, нежели инструментом подлинного политического участия в этих проектах» [Nunez E., 2013: 69].

Таким образом, формируемые на основе представительства регионов верхние палаты национальных парламентов не могут рассматриваться в качестве гарантии, позволяющей региональным легислатурам оказывать заметное воздействие на реализацию принципа субсидиарности посредством механизма раннего предупреждения. В значительной мере это обусловлено внутрисударственными политико-правовыми факторами, от которых зависит конфигурация отношений между национальными и региональными

---

<sup>22</sup> Конституция Королевства Испании, 27 декабря 1978 г. Available at: <https://legalns.com/download/books/cons/spain.pdf> (дата обращения: 17.09.2020)

легислатурами. Кроме того, необходимо учитывать особенности разрабатываемых и принимаемых на уровне руководства ЕС внутри- и внешнеполитических решений, в которых отражаются сценарии развития данного интеграционного объединения. Как правило, такие сценарии нацелены на усиление влияния институтов ЕС на государства-члены, в том числе путем расширения сферы дискреционного регулирования принимаемых Союзом правовых актов.

## **Заключение**

Включение региональных легислатур в структуру механизма раннего предупреждения отражает актуальные тенденции модернизации (реформирования) институциональной архитектуры Европейского союза. Данные тенденции формально ориентированы на повышение легитимности законодательных актов ЕС путем сокращения дистанции между институтами данного интеграционного объединения и населением.

В литературе отмечается, что «впервые был создан формальный механизм вовлечения данного уровня публичной власти в законодательный процесс ЕС»<sup>23</sup>. В то же время для некоторых государств это не стало новеллой. Так, «региональные легислатуры Великобритании и ранее проводили проверку соблюдения принципа субсидиарности с национальным правительством и парламентом, Комиссией, Комитетом регионов и другими европейскими институтами»<sup>24</sup>.

Вместе с тем актуальная модель конституционно-правового статуса региональных легислатур в рамках механизма раннего предупреждения представляется весьма «скромной». Исследователи отмечают, что «региональные парламенты получили ограниченный диапазон возможностей для оказания влияния на законодательные предложения Европейской комиссии» [Bursens P., Hogenauer A.-L., 2017: 11]. Через механизм раннего предупреждения региональные легислатуры «не способны непосредственно влиять на законотворческий процесс ЕС за исключением региональных парламентов Бельгии, которые, однако, этой возможностью не пользуются» [Fasone C., 2015: 29]. Указывается на «недостаточность участия регионов в разработке решений на уровне ЕС» [Alonso de Leon S., 2012: 305, 306]. Подчеркивается, что «большинство региональных парламентов автоматически получают все законопроекты ЕС из центральных органов власти, что позволяет констатировать наличие различных фильтрующих систем. Между тем механизм вовлечения региональных парламентов в проверку соблюдения принципа суб-

---

<sup>23</sup> The Role of Regional Parliaments in the Process of Subsidiarity ... P. 179–180.

<sup>24</sup> Ibid. P. 179.

сидиарности по-прежнему нуждается в совершенствовании, в частности, в связи с непрекращающимися ревизиями действующих процедур данных проверок, а также нехваткой ресурсов и времени» [Arribas G., Bourdin D., 2012: 15].

На наш взгляд, основная проблематика обеспечения эффективности проверок соответствия законодательных предложений ЕС принципу субсидиарности сосредоточивается вокруг факультативного характера консультаций с региональными парламентами, необязательности представления ими своих мнений по итогам рассмотрения соответствующих проектов и учета этих мнений. При таком подходе региональное измерение механизма раннего предупреждения приобретает выраженную диспозитивную природу с фрагментарными (сегментированными, дискретными) формами реализации.

Безусловно, формализованные основания участия региональных легислатур в законодательном процессе ЕС презюмируют их право на постановку вопроса (прежде всего в политическом контексте) об учете интересов регионов. Однако такой сценарий наиболее вероятен при консолидированной позиции региональных парламентов, но даже в этом случае говорить о институциональных гарантиях не приходится.

Помимо нормативного закрепления императивного характера консультаций с региональными парламентами и учета их мнений при подготовке национальными парламентами аргументированных заключений, целесообразно скорректировать срок анализа законопроекта ЕС в сторону увеличения (как для национальных парламентов, так и для региональных легислатур), определить критерии и процедуры обеспечения эффективного участия регионов, предусмотреть отправление им законопроектов на стадии разработки, а не в готовом к принятию виде.

Обеспечение участия региональных парламентов в механизме раннего предупреждения — необходимое условие решения проблемы сокращения демократического дефицита, обусловленного особенностями «схемы дислокации» различных акторов в структуре наднационального интеграционного объединения. Однако правовой статус региональных легислатур в данном механизме сосредоточивает ограниченный объем ресурсных возможностей.



## Библиография

Пименова О.И. Субсидиарность как принцип реализации совместных законодательных полномочий: опыт Европейского союза и перспективы его адаптации в российской системе разграничения полномочий по предметам совместного ведения. Чебоксары: Новое время, 2015. 200 с.

Стрежнева М. Роль национальных парламентов в управлении Европейским союзом // Мировая экономика и международные отношения. 2015. № 1. С. 52–62.

- Троицкий Е.Ф. Лиссабонский договор и региональное измерение Евросоюза // Вестник Томского государственного университета. 2017. № 45. С. 67–71.
- Яровой Г.О., Белокурова Е.В. Европейский союз для регионов: что можно и нужно знать российским регионам о ЕС. М.: Норма, 2012. 368 с.
- Alonso de Leon S. Regions and Subsidiarity in the European Union: A Look at the Role of the Spanish and other Regional Parliaments in the Monitoring of Compliance with the Principle of Subsidiarity. *European Public Law*, 2012, vol. 18, pp. 305–323.
- Arribas G., Bourdin D. What Does the Lisbon Treaty Change Regarding Subsidiarity within the EU Institutional Framework? *EIPASCOPE*, 2012, no 2, pp. 13–17.
- Bienefeld E. Sub-National Mobilization, Regional Autonomy, and EU Integration: The Basque Case. Doctor of Philosophy Thesis. Bath, 2009. 266 p.
- Borońska-Hryniewiecka K. *Regions and Subsidiarity after Lisbon: Overcoming the “Regional Blindness”?* Working Paper. Roma: LUISS School of Government, 2013. 24 p.
- Boronska-Hryniewiecka K. Subnational parliaments in EU policy control: explaining the variations across Europe. *EUI Working Paper RSCAS*, 2013, 28 p.
- Boronska-Hryniewiecka K. Differential Europeanization? Explaining the impact of the early warning system on subnational parliaments in Europe. *European Political Science Review*, 2017, vol. 9, pp. 255–278.
- Bursens P., Hogenauer A.-L. Regional Parliaments in the EU Multilevel Parliamentary System. *Journal of Legislative Studies*, 2017, vol. 23, pp. 1–19.
- Chien-Yid Lu. Democratic Implications of the Treaty of Lisbon. *EurAmerica*, 2015, vol. 45, no 3, pp. 357–408.
- Cooper I. National Parliaments and the Defeat of EU Regulation on the Right to Strike. *Journal of European public policy*, 2015, vol. 22, no 10, pp. 1–35.
- Cooper I. Is the Subsidiarity Early Warning Mechanism a Legal or a Political Procedure? Three Questions and a Typology. *EUI Working Paper RSCAS 2016/18*, 25 p.
- Fasone C. Regional legislatures in the Early Warning Mechanism. When the National (Constitutional) Identity Affects the Cooperation among Parliaments in EU Affairs. *Federalism*, 2015, vol. 2, pp. 1–30.
- Fromage D. Regional Parliaments and the Early Warning System: An Assessment Six Years after the Entry into Force of the Lisbon Treaty. Roma: Luiss School of Government. Working Paper Series. SOG-WP33/2016, 45 p.
- Hogenauer A.-E. The Principle of Subsidiarity after Lisbon: Towards a Sustainable System of EU Multi-level Governance? / N. Papakostas, N. Passamitros (eds.) *EU Beyond the Crisis. A Debate on Sustainable Integrationalism*. Hannover: Verlag-Ibidem, 2016, pp. 1–28.
- Huysmans M. Euroskepticism and the Early Warning System // *Journal of Common Market Studies*, 2019, vol. 57, pp. 1–17.
- Kodirov B. Reinterpretation of the Scope of the Early Warning System by National Parliaments: Yellow Card against the Revision of the Posted Worked Directive. *Rivista di Diritti Comparati*, 2018, no 2, pp. 1–35.
- Lupo N. National and Regional Parliaments in the EU decision-making process, after the Treaty of Lisbon and the Euro-crisis. *Perspectives on Federalism*, 2013, vol. 5, pp. 1–30.
- Lupo N., Fasone C. (eds.) *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*. Oxford: Hart, 2016. 284 p.
- Lupo N., Piccirilli G. (eds.) *The Italian Parliament in the European Union*. Oxford: Hart, 2017. 384 p.

Nunez E. The Scrutiny of the Principle of Subsidiarity by Autonomous Regional Parliaments with Particular Reference to the Participation of the Parliament of Catalonia in the Early Warning System. *Perspectives on Federalism*, 2013, vol. 5, pp. 51–71.

Oberg J. National Parliaments and Political Control of EU Competences — A Sufficient Safeguard of Federalism? *European Public Law*, 2018, vol. 24, pp. 1–41.

Scripca A. The principle of subsidiarity in the Netherlands and Romania. A comparative assessment of the opinions issued under the early warning mechanism. Working Paper Series, 2017. 36 p.

---

## **Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 3**

### **Early Warning Mechanism as Control Tool Compliance with the Principle of Subsidiarity in Legislative Process of the European Union (Regional Dimension)**



**Igor Irkhin**

Senior Researcher, Kuban State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 149 Stavropolskaya Str., Krasnodar 350000, Russian Federation. E-mail: dissertacia@yandex.ru



#### **Abstract**

The subject matter of the research is legal principles regulating the mechanism of early warning as an instrument to monitor subsidiarity on the European Union. The aim of the research is the analysis of public law measures able to improve the formula (model) of participating of regional parliaments in the mechanism of early warning to decrease the deficiency of democracy caused by the dislocation scheme of various actors within the European Union. The methodology of the article represents formal legal, comparative legal, historical, structural and hermeneutic methods added with analysis, synthesis, deduction and induction. The research features the problems of regulation in European law the participation of regional legislatures to check the compliance of legislative proposals of the European Union to the subsidiarity principle. A special attention is given to the lack of the definition of regional parliament with legislative authorities. The article stresses the problem of securing efficiency mechanism of early warning, determined by the necessity to comply with the principles of proportion and competencies when checking the subsidiarity in the European Union legislation project. A special attention is given to the dispositive formula of the implementation of rights and obligations when national parliaments consult with regional legislatures. The article shows the optionality of regional parliaments to conduct the control over the compliance of the European Union bill to subsidiarity. The article draws the attention to the questions of the differentiation of the opportunities for regional parliaments to participate in assessing the subsidiarity in terms of the modification of the formation of upper chambers of national parliaments. The paper arrives at the conclusion that the regional dimension of the mechanism of early warning is characterized with fragmentary (discreet) and optional (dispositive) forms of implementation. Constitutional legal status of regional legislatures in terms of the mechanism of early warning is characterized with limited resources.



## Keywords

European law, subsidiarity, early warning mechanism, EU member states, national parliaments, regional legislatures, fragmentation, optionality.

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

**For citation:** Irkhin I.V. (2021) Early Warning Mechanism as Control Tool Compliance with the Principle of Subsidiarity in Legislative Process of the European Union (Regional Dimension). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 208–230 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.208.230



## References

- Alonso de Leon S. (2012) Regions and Subsidiarity in the European Union: A Look at the Role of the Spanish and other Regional Parliaments in the Monitoring of Compliance with the Principle of Subsidiarity. *European Public Law*, vol. 18, pp. 305–323.
- Arribas G., Bourdin D. (2012) What Does the Lisbon Treaty Change Regarding Subsidiarity within the EU Institutional Framework? *EIPASCOPE*, no 2, pp. 13–17.
- Bienefeld E. (2009) *Sub-National Mobilization, Regional Autonomy, and EU Integration: The Basque Case*. Doctor of Philosophy Thesis. Bath, 266 p.
- Borońska-Hryniewiecka K. (2013) *Regions and Subsidiarity after Lisbon: Overcoming the “Regional Blindness”?* Working Paper. Roma: LUISS School of Government, 24 p.
- Boronska-Hryniewiecka K. (2013) *Subnational parliaments in EU policy control: explaining the variations across Europe*. EUI Working Paper RSCAS, 28 p.
- Boronska-Hryniewiecka K. (2017) Differential Europeanization? Explaining the impact of the early warning system on subnational parliaments in Europe. *European Political Science Review*, vol. 9, pp. 255–278.
- Bursens P., Hogenauer A.-L. (2017) Regional Parliaments in the EU Multilevel Parliamentary System. *Journal of Legislative Studies*, vol. 23, pp. 1–19.
- Chien-Yid Lu. (2015) Democratic Implications of the Treaty of Lisbon. *EurAmerica*, vol. 45, no 3, pp. 357–408.
- Cooper I. (2015) National Parliaments and the Defeat of EU Regulation on the Right to Strike. *Journal of European public policy*, vol. 22, no 10, pp. 1–35.
- Cooper I. (2016) *Is the Subsidiarity Early Warning Mechanism a Legal or a Political Procedure? Three Questions and a Typology*. EUI Working Paper RSCAS 2016/18, 25 p.
- Fasone C. (2015) Regional legislatures in the Early Warning Mechanism. When the National (Constitutional) Identity Affects the Cooperation among Parliaments in EU Affairs. *Federalism*, vol. 2, pp. 1–30.
- Fromage D. (2016) *Regional Parliaments and the Early Warning System: An Assessment Six Years after the Entry into Force of the Lisbon Treaty*. Roma: Luiss School of Government. Working Paper Series. SOG-WP33/2016, 45 p.
- Hogenaur A.-E. (2016) The Principle of Subsidiarity after Lisbon: Towards a Sustainable System of EU Multi-level Governance? In: N. Papakostas, N. Passamitros (eds.) *EU Beyond the Crisis. A Debate on Sustainable Integrationalism*. Hannover: Ibidem Verlag, pp. 1–28.

- Huysmans M. (2019) Euroscepticism and the Early Warning System. *Journal of Common Market Studies*, vol. 57, pp. 1–17.
- Kodirov B. (2018) Reinterpretation of the Scope of the Early Warning System by National Parliaments: Yellow Card against the Revision of the Posted Worked Directive. *Rivista di Diritti Comparati*, no 2, pp. 1–35.
- Lupo N., Fasone C. (eds.) (2016) *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*. Oxford: Hart, 384 p.
- Lupo N. (2013) National and Regional Parliaments in the EU decision-making process, after the Treaty of Lisbon and the Euro-crisis. *Perspectives on Federalism*, vol. 5, pp. 1–30.
- Lupo N., Piccirilli G. (eds.) (2017) *The Italian Parliament in the European Union*. Oxford: Hart, 284 p.
- Nunez E. (2013) The Scrutiny of the Principle of Subsidiarity by Autonomous Regional Parliaments with Particular Reference to the Participation of the Parliament of Catalonia in the Early Warning System. *Perspectives on Federalism*, vol. 5, pp. 51–71.
- Oberg J. (2018) National Parliaments and Political Control of EU Competences: A Sufficient Safeguard of Federalism? *European Public Law*, vol. 24, pp. 1–41.
- Pimenova O.I. (2015) *Subsidiarity as the principle of implementing joined legislative competencies*. Cheboksary: Novoe vremya, 200 p. (in Russian)
- Scripca A. (2017) *The Principle of subsidiarity in the Netherlands and Romania. A Comparative Assessment of the Opinions Issued under the Early Warning Mechanism*. Working Paper Series, 36 p.
- Strezhneva M. (2015) The role of national parliaments in EU. *Mirovaya ekonomika i mezhdunarodnye otnosheniya*, no 1, pp. 52–62 (in Russian)
- Troitskiy E.F. (2017) Lisbon Treaty and regional dimension of the EU. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 45, pp. 67–71 (in Russian)
- Yarovoy G.O., Belokurova E.V. (2012) *The European Union for regions: What Russian regions should know about the EU*. Moscow: Norma, 368 p. (in Russian)

# Конституционно-правовые последствия брекзита: суверенитет парламента или народа?

---



**И.Ю. Богдановская**

Профессор, департамент теории права и межатраслевых юридических дисциплин, факультет права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: ibogdanovskaya@hse.ru

---



## **Аннотация**

Выход Великобритании из Европейского союза (брекзит) поставил много вопросов политического, экономического и правового характера. Последние включают в себя как право ЕС, так и внутреннее, национальное право, прежде всего, конституционное право. Конституционно-правовые аспекты процедуры брекзита, с одной стороны, касаются пересмотра и обновления традиционных принципов британского конституционного права, к которым относится принцип парламентского суверенитета, с другой — развития новых институтов, в частности, референдума. Именно референдум о выходе Великобритании из ЕС, проведенный в 2016 г., стал основанием процедуры брекзита и потребовал решения ряда доктринальных конституционно-правовых вопросов, в том числе о соотношении народного и парламентского суверенитетов. Принцип парламентского суверенитета в течение нескольких столетий определял особенности развития конституционных институтов Великобритании. Институт референдума в силу его противоречия принципу парламентского суверенитета не был изначально воспринят британским конституционным правом. Однако практика референдумов, имевшая место в Великобритании с конца XX века, и особенно референдумы, связанные с членством Великобритании в ЕС и с выходом из него, заставила британскую конституционно-правовую мысль вернуться к определению современного содержания принципа парламентского суверенитета и, главное, к поиску обоснования его сосуществования с институтом референдума. Потребовалось дать ответ на вопросы: сохраняется ли принцип парламентского суверенитета в традиционном содержании или же необходимо изменение его содержания для включения в британское конституционное право института референдума; как в современном праве соотносятся парламентский и народный суверенитеты. В традиционном для британского права правовом континуитете нельзя было ожидать кардинального пересмотра принципа парламентского суверенитета в пользу признания народного суверенитета. На этапе выхода страны из ЕС был найден компромиссный вариант. Принцип парламентского суверенитета сохранен, но одновременно определены контуры дальнейшего развития института референдума в рамках британского конституционного права.

---



## Ключевые слова

конституционное право, неписаное право, принципы, брекзит, парламент, суверенитет, Великобритания, Европейский союз.

---

---

**Для цитирования:** Богдановская И.Ю. Конституционно-правовые последствия брекзита: суверенитет парламента или народа?// Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С. 231–253.

УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.231.253

## Введение

Великобритания — первая страна, которая вышла из Европейского союза. Затронув многие сферы — экономические, политические, правовые — брекзит приобрел столь значимый характер, что, несомненно, он будет и в дальнейшем анализироваться в рамках и ЕС, и Великобритании.

Проблемы с выходом из ЕС в Великобритании возникли уже на стадии инициирования решения. Процедура выхода осуществлялась на основе ст. 50 Договора о ЕС, которая устанавливает, что страна, решившая выйти из ЕС, руководствуется национальными конституционными нормами<sup>1</sup>. Таким образом, именно конституционное право определяло первую стадию. Однако отсутствие писаной конституции, в которой было бы четко определено принятие решения о выходе из Евросоюза, не позволяло определить, каким образом должно быть принято такое решение. Как прежде членство Великобритании в ЕС, так в дальнейшем и выход страны из него потребовали конституционно-правового развития, привели к изменению как конституционно-правовой доктрины, так и практики.

Предмет данной статьи — анализ влияния процедуры брекзита на британское конституционное право, прежде всего на принцип парламентского суверенитета. По мнению юристов и политиков, этот принцип, по сути, стал центром процедуры брекзита<sup>2</sup>.

Принцип парламентского суверенитета представляет собой ключевой принцип конституции с многовековой историей<sup>3</sup>. Но его содержание на разных

---

<sup>1</sup> Как только такое решение принято, государство-член уведомляет Европейский совет, вследствие чего инициируется двухлетний период переговоров. Процесс переговоров по соглашению Великобритании и ЕС несколько раз продлевался. Великобритания инициировала переговоры о выходе 27 марта 2017 г., а вышла из ЕС 31 января 2020 г.

<sup>2</sup> Обозреватель газеты “The Telegraph” А. Притчард с определенным преувеличением отметил, что суть голосования по брекзиту сводится к верховенству парламента, а все остальное — шумиха (The Telegraph, 13th June 2016).

<sup>3</sup> UK Parliament website. Available at: <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/parliamentary-sovereignty/> (дата обращения: 16.08.2021)

этапах дополнялось. Современная конституционно-правовая доктрина принципиально расходится в подходе к нему: от отстаивания его стабильности до полного отрицания и требований отмены. Начавшись в последней четверти прошлого века, дискуссии наиболее активизировались в условиях брекзита.

В связи с членством в Великобритании в ЕС можно выделить три этапа развития принципа парламентского суверенитета:

первый — этап действия принципа парламентского суверенитета до вступления Великобритании в Общий рынок (позже ЕС). На этом этапе завершилось формирование «классического» принципа парламентского суверенитета. Оно связано с именем А. Дайси, который, в свою очередь, исходил из концепции Д. Остина;

второй — этап, связанный с членством Великобритании в ЕС. На нем имело место противопоставление принципа парламентского верховенства и верховенства права ЕС, шел поиск аргументов их сосуществования;

третий — этап развития принципа парламентского суверенитета в условиях брекзита, когда определялся приоритет парламентского и народного суверенитета. Конституционно-правовой принцип парламентского суверенитета, с одной стороны, повлиял на процедуру брекзита, с другой — сам оказался в центре дискуссии, направленной на переосмысление его содержания и правовой природы.

Рассмотрение этих этапов демонстрирует, как членство Великобритании в ЕС сказывалось на конституционно-правовом развитии страны и как конституционный принцип парламентского суверенитета, в свою очередь, определял соотношение национального и европейского права.

Многочисленные публикации на тему парламентского суверенитета и брекзита показывают, что британская правовая мысль сохранила приверженность глубоким историческим корням, не склонна к кардинальным переменам и отрицанию исторического наследия, а предлагает постепенное поступательное развитие в новых меняющихся социальных условиях.

## **1. Принцип парламентского суверенитета как особенность Конституции Великобритании**

На протяжении многовековой истории страны британская конституция демонстрирует гибкую эволюцию в меняющихся социальных условиях. Она не претерпевает кардинальных реформ, а развивается поступательно, демонстрирует сочетание неписаной формы со стабильностью установленных институтов<sup>4</sup>. Исследуемый в данной статье принцип парламентского суверенитета выступает ярким примером такого развития.

---

<sup>4</sup> Некоторые юристы, однако, отмечают кризисные тенденции в развитии конституционного права начиная со второй половины XX в. и видят пути их преодоления именно в

Британская конституция относится к неписаным. Как отмечали классики английского конституционного права Е. Уэйд и Дж. Филлипс, в Великобритании «не существует особого юридического источника, сформулированного в форме кодекса, могущего подвергаться изменениям только на основе волеизъявления специального учредительного собрания или в порядке обращения к народному голосованию» [Уэйд Е., Филлипс Дж., 1950: 63]. Столь неоднозначный характер британской конституции, несомненно, обусловлен особенностью общего права, по своей природе являющегося неписаным. Неписанный характер Конституции Великобритании до сих пор вызывает споры среди конституционалистов, особенно тех, которые воспитаны в традициях романо-германского писаного права. В российской доктринальной литературе отмечалось, что сам факт отсутствия конституции как документа придает понятию конституции некоторую неопределенность, двусмысленность. Здесь размываются точные критерии оценки понятия конституции, отсутствует возможность определения ее границ [Туманов В.А., 1983: 82].

Принцип парламентского суверенитета как принцип неписаной конституции во многом отражает ее особенность. Его содержание, с одной стороны, наполняется доктриной. С другой — судебными прецедентами. Спорным является вопрос о том, вправе ли сам парламент пересмотреть свой суверенитет или отказаться от него. В настоящее время суды признали, что хотя парламент и обладает суверенитетом, отказаться он от него не вправе.<sup>5</sup> Между тем в актах парламента, прежде всего о членстве Великобритании в ЕС, отражается его позиция о данном принципе.

В ходе исследуемых периодов и доктрина, и суды развивали принцип парламентского суверенитета. Он не подвергался полному пересмотру, но уточнялся прежде всего в условиях действия европейского права и брекзита.

### **1.1 Принцип парламентского суверенитета до членства Великобритании в ЕС**

Утверждение принципа парламентского суверенитета логически связано с доминированием в английской правовой мысли аналитического позитивизма. В концепциях классиков этого направления И. Бентама и Дж. Остина право понимается как приказ суверена, в котором обязательно содержатся не-

---

членстве Великобритании в ЕС. По этой причине выход Великобритании из ЕС порождает ряд более сложных конституционных проблем, нежели предполагают повторяющие мантру «возвращения контроля» над национальным правом [Loughlin M., 2018]. Р. Мастерман и К. Мюррей также полагают, что брекзит может оказаться гораздо более разрушительным для парламентского суверенитета и внутреннего конституционного порядка, чем внешнее влияние права ЕС [Masterman R., Murray C., 2016].

<sup>5</sup> Thoburn v Sunderland City Council [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] QB 151 ('Thoburn').

гативные последствия, наступающие при его несоблюдении. В данном определении в контексте исследования интересно именно понятие «суверен».

Введение понятия «суверен» сказалось на конституционно-правовой доктрине. Если суверен — лицо, занимающее верховное положение, то в английской модели изначально речь шла о короле (королеве). Однако по мере укрепления парламента как законодательного и представительного органа понятие суверенитета стало относиться к триединому понятию английского парламента как «короля (королевы)-в-парламенте», утвердившемуся в британском конституционном праве. Исходя из концепции Дж. Остина, именно парламента (король-в-парламенте) стал сувереном, определяющим развитие права. Его властные полномочия не проистекают из права, он не устанавливает право для себя и не обязан накладывать на себя ограничения. Суверен не ограничен в полномочиях.

Суверенитет парламента, по сути, сводится к его верховенству в сфере правотворчества. Определение содержания принципа тесно связано с именем А. Дайси. Именно в его работах изложение данного принципа получило наиболее завершенное изложение. В свое время А. Дайси отмечал, что термин «верховенство» («суверенитет»), когда он употребляется именно в том смысле, какой ему придает Дж. Остин, является исключительно юридической концепцией, означающей только власть издавать законы, не стесненную никакими юридическими ограничениями. Термин означает, что парламента «имеет при английском государственном устройстве право издавать и уничтожать всевозможные законы; нет ни лица, ни учреждения, за которым бы английский закон признавал бы право преступать или не исполнять законодательные акты парламента» [Dicey A., 1982: 46].

По сути, принцип парламентарного суверенитета сопоставим с принципом верховенства закона, признанного в странах континентальной Европы. Оба принципа стали важным этапом развития права, связанного с утверждением актов законодательного органа как источника права. Однако расхождения между данными принципами обусловлены различиями в характере романо-германского и общего права. Прецедентное право не позволило выстроить жесткую иерархию источников права во главе с законом. Тесное переплетение статута и прецедента является причиной того, что британские юристы предпочитают оставить вопрос о верховенстве того или иного источника открытым.

Поскольку английское право изначально было создано судебным правом, которое разработало понятийный аппарат и ряд правовых институтов, а парламента сформировался на несколько столетий позже, принцип парламентарного суверенитета был направлен на признание статута прежде всего судами. Известный английский теоретик А. Дженнингс отмечал, что «правовой суверенитет не является суверенитетом вообще. Это правовая концепция, обосновывающая взаимоотношения парламента и судов. Она

направлена на обоснование того, что суды всегда признают правом созданное парламентом законодательство» [Jennings I., 1954: 144]. Такое понимание данного принципа разделяют и другие конституционалисты стран «общего права». По мнению канадского юриста П. Хогга, в основе принципа парламентского верховенства лежит демократическое признание того, что общественно значимые решения должны приниматься выборными законодательными органами, а не судьями [Hogg P., 2007: 261].

Утверждение принципа парламентского суверенитета совпало с утверждением принципа прецедента. Оба принципа отражали изменения в английской правовой системе, обусловленные изменением соотношения писаного (статутного) и прецедентного права. Закон стал утверждаться в качестве источника права, в то время как развитие прецедентного права было ограничено принципом прецедентного права, определявшим необходимость судов, в том числе вышестоящих, следовать предшествующим судебным решениям, а не произвольно создавать новые прецеденты.

Согласно принципу парламентского суверенитета все нормотворческие полномочия сосредоточены в парламенте. Он обладает неограниченными полномочиями. В отличие, к примеру, от Франции, нормотворческие полномочиями органов законодательной и исполнительной власти Великобритании конституционно также не разграничены. На практике разграничение полномочий производит парламент, делегируя нормотворческие полномочия другим органам. Концепция делегированного законодательства стала логическим продолжением принципа парламентского суверенитета. Применительно к британскому парламенту оказался более приемлемым термин «верховенство в законодательной области» (введенный еще А. Дайси), а не «правовой суверенитет». Хотя в правовой литературе термин «верховенство парламента» постепенно вытеснял термин «суверенитет парламента» [Dalton P., Dexter R., 1976: 41–47]; [Jennings I., 1954: 136–153], однако в ходе брекзита последний был вновь введен в активный оборот и начал доминировать в правовой и политической литературе. В данной работе эти термины будут применяться как синонимы.

Принцип парламентского суверенитета — важный конституционный принцип, воплощающий идею, что только парламент как представительный орган, может создавать, дополнять или изменять любой закон.

Предполагается, что парламент вправе принимать закон (статут) по любому вопросу («статут может все»). Статут имеет обязательную силу, подлежит применению и его действительность не может быть оспорена. Только парламент вправе отменить статут или приостановить его действие. В результате такого подхода концепция конституционного контроля не была воспринята английским конституционным правом опять-таки в силу того, что она противоречила принципу парламентского суверенитета.

Из принципа парламентского суверенитета вытекает, что действие статута во времени и пространстве не ограничено. В прошлые века экстерриториальное действие актов британского парламента было связано с тем, что они распространялись на колонии и доминионы. В частности, конституции Канады и Австралии содержатся в актах британского парламента<sup>6</sup>.

Принцип парламентского суверенитета предполагает, что парламента не связан принятыми ранее актами и может отменить любой принятый ранее акт. Он не может обязать последующие парламента не отменять установленные акты.

Английская правовая мысль, в которой доминировал аналитический позитивизм, изначально не исходила из идеи государственного самоограничения. Дальнейшие конституционные процессы, особенно конца XX в., продемонстрировали утверждение тенденций к самоограничению парламента.

С конца XIX в. по мере изменения статуса колоний парламента Великобритании начал ограничивать экстерриториальное действие своих законов в колониях, а позже в доминионах<sup>7</sup>. Данные акты могут рассматриваться как самоограничение парламента в рамках принципа парламентского суверенитета. Другие примеры, которые рассматриваются в британской доктрине как самоограничение парламента — Акт о Шотландии 1998 г., Акт о правах человека 1998 г. Оба названных акта имеют особый характер, так как ограничивают деятельность британского парламента.

Таким образом, принцип парламентского суверенитета стал неотъемлемой частью конституции. В последние столетия он определяет как статус парламента, так и положение его актов в системе источников. Вплоть до вступления Великобритании в Общий рынок содержание принципа следовало концепции Д. Остина — А. Дайси. Сохранив традиционный подход, на последующих этапах в связи с членством страны в ЕС данный принцип стал объектом критических исследований.

#### 1.1.1. Влияние принципа парламентского суверенитета на Конституцию Великобритании

Британская конституция имеет целый ряд особенностей, которые сохраняются в течение нескольких столетий. Принцип парламентского су-

<sup>6</sup> Конституция Австралии содержится в Акте британского парламента о Конституции Австралии (1900). Многоактная конституция Канады содержится в актах, принятых британским парламентом с 1867 по 1982 гг.

<sup>7</sup> Акт о действительности актов колоний (1865), Вестминстерский статут (1926/1931), Конституционный акт Канады (1982) и Акт об Австралии (1983), принятые британским парламентом, установили, что акты британского парламента в дальнейшем не будут на них распространяться и становиться частью их внутреннего права.

веренитета как конституционный принцип оказывает влияние на форму и содержание конституции. По сути, он поддерживает неписаный характер конституции. Хотя британская конституция не является полностью неписаной, так как включает в себя как неписаную часть (конституционные соглашения, судебные прецеденты, принципы), так и писаную (акты парламента — статуты). И именно писаная часть требует обоснования.

Согласно данному принципу, все статуты имеют равную юридическую силу, обладают равным статусом, что влияет на то, что конституция признается не актом, обладающим наибольшей юридической силой, но верховным правом страны. И все же в таком случае возникает вопрос о том, по каким критериям допустимо признавать парламентский статут частью неписаной конституции. В английской правовой доктрине таким критерием признается предмет регулирования данного статута. В качестве части конституции рассматриваются статуты, регулирующие отношения в публично-правовой сфере. Однако такой критерий не позволяет точно отделять статуты, входящие в конституцию, от всех остальных. Как справедливо отмечал российский ученый В.Е. Чиркин, состав британской конституции определяет доктрина, иногда — практика судов, иных государственных органов [Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е., 2007:108].

В последнее время конституционная доктрина стала продвигаться в разработке концепции статуса актов парламента. В британской доктрине вводятся понятия «конституционные» и «обычные» статуты [Laws J., 2021: 15]; [Feldman D., 2013: 343].

Такая позиция поддерживается и судами. В частности, в деле *Thoburn* суд признал, что Акт о Европейском сообществе 1972 г. имеет конституционный характер. Таким образом, вопрос о статусе закона определяется общим правом по сути в зависимости от его содержания или содержания его положений (предполагается, что конституционный закон может содержать отдельные обычные положения, равно как и обычный закон может содержать конституционные положения).

Сэр Д. Лоуз, один из авторов идеи о конституционных законах, обосновал свою позицию исходя из необходимости достижения конституционного баланса, в том числе между парламентским суверенитетом и судами. Толкование закона независимыми судами — необходимое условие парламентского суверенитета. Конституционный баланс должен основываться на фундаментальных ценностях, должном функционировании конституции, действиях государственных институтов в пределах их полномочий и поддержании верховенства права.

В рамках общего права все это сводится к важности понимания конституционных законов в контексте конституционных прав общего права, основных прав, ценностей и принципов [Elliot M., 2018]. Термин конститу-

ционного закона вводится для того, чтобы выделить особый статус актов в конституционно-правовой сфере. Это еще не признание актов с большей юридической силой, но небольшой шаг в этом направлении.

Данный подход явно не получил полного завершения, в частности в определении особого порядка принятия и отмены конституционных актов. Статус конституционных актов определяет особое отношение судов при их толковании, невозможности так называемой «подразумеваемой отмены» в ходе применения. Такой подход продолжает противостояние парламента и судов, принципа парламентского суверенитета и принципа прецедента, в том числе прецедентов толкования, которые могут существенно повлиять на содержание закона вплоть до «подразумеваемой отмены».

То, что доктрина стала уделять больше внимания статусу актов парламента обусловлено ростом их удельного веса. В связи с тем, что писаная часть рассматриваемой конституции со временем расширяется, возникает вопрос о том, насколько можно определять конституцию исследуемой страны как неписаную. В британской доктрине применяется понятие «частично писаная», в российской правовой литературе применяются определения «комбинированная», «смешанная» [Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е., 2007: 108].

Положение о равном статусе статутов, вытекающее из принципа парламентского суверенитета, существенным образом противостоит идее принятия писаной конституции [Murkens J.E.K., 2021], имеющей высшую юридическую силу. Поэтому обсуждение возможных конституционных реформ, в том числе перехода к писаной конституции, прежде всего предполагает пересмотр принципа парламентского суверенитета. Для этого потребуется как выработка новой доктрины, признанной судами, так и позиции самих судов.

## **2. Европейское право: самоограничение парламента и королевская прерогатива**

Принцип парламентского суверенитета определил соотношение национального и международного права, которое должно быть имплементировано во внутреннее право актом парламента.

Однако членство Великобритании в Евросоюзе привело к изменению такого подхода и установлению иного порядка соотношения ее национально-го права и права ЕС.

Ныне отмененный Акт о Европейских сообществах (1972) установил верховенство права Евросоюза в рамках его компетенции над британским правом, для того чтобы достичь соответствия британского права праву ЕС. Устанавливалась презумпция того, что в случае противоречия между европейским правом и британским правом приоритет имело бы европейское право. Такой подход определил и дальнейшее развитие судебной практики,

которая при толковании любого положения статута и делегированного акта принимала во внимание прямое действие европейского права, исходила из позиции европейского права<sup>8</sup>. Согласно ст. 2 Акта о Европейских сообществах европейское право получило прямое действие в Великобритании, что не предполагало принятие имплементирующего статута.

Европейский суд справедливости исходил из верховенства европейского права и установил, что суды государств-членов могут заменять (override) внутреннее законодательство для защиты прав на основе законодательства ЕС. Данное решение вызвало критику в Великобритании как новое и опасное вторжение в суверенитет парламента Соединенного Королевства. Согласно принципу парламентского суверенитета его акты не могут быть признаны недействительными. В качестве аргумента в защиту верховенства права ЕС было высказано, что положение о верховенстве права ЕС было признано до вступления Великобритании в Общий рынок, поэтому ограничение суверенитета парламента может рассматриваться как его добровольное самоограничение.

Со вступлением Великобритании в ЕС вопрос о соотношении принципа парламентского суверенитета и верховенства европейского права стал наиболее острым и по сути так и не получил однозначного разрешения. В конституционном праве<sup>9</sup> не было однозначно признано ограничение принципа суверенитета парламента. Британские юристы не рассматривают данные акты как пересмотр принципа парламентского суверенитета. Наоборот, эти акты соответствуют принципу, согласно которому парламент может отменить любой собственный акт. То, что верховенство права ЕС было установлено самим парламентом, может рассматриваться как самоограничение парламента. Приоритет права ЕС простирается настолько, насколько это позволяет парламент, поэтому приоритет права ЕС в Великобритании является следствием парламентского суверенитета, а не угрозой ему [Elliott M., 2016]<sup>10</sup>.

В правовой доктрине появляются новые направления, предлагающие пересмотреть взгляд на принцип суверенитета, отказаться от исключительно формально-логического подхода. Принцип парламентского суверенитета

---

<sup>8</sup> Палата лордов признала, что акт парламента может быть заменен европейским правом. Factortame (2), 1991, [1991] 1 AC 603. Available at: <https://webstroke.co.uk/law/cases/factortame-no-2-1991> (дата обращения: 16.08. 2021)

<sup>9</sup> Два наиболее значимых дела — дело Factortame1, рассмотренное апелляционным комитетом палаты лордов (на тот момент высшей судебной инстанцией) и дело Miller, рассмотренное Верховным судом — показывают, какие конституционно-правовые последствия вытекают из членства в ЕС. [Elliott M., Williams J., Young A. (eds.), 2018].

<sup>10</sup> При этом парламент сохранил контрольные полномочия, создав контрольные комитеты палат по вопросам ЕС.

исторически занимает особое положение, выступая основным принципом. «Конституционалисты в XX в. ошибочно строили исследования исходя из юридического содержания принципа парламентского суверенитета, а не из исторического и фактического анализа действия британской конституции. Сущность и практика конституционного права между тем не менее важны, чем формально-юридический подход» [Weill R., 2004: 405]. Обоснование такой позиции основывается на неопозитивизме Г. Харта. Он полагал, что суверен действует на основе права признания и, следовательно, в соответствие с фундаментальным правом (в отличие от позиции Д.Остина, по которой суверен находится вне и даже над правом). Следуя Г. Харту, принцип парламентского суверенитета относится к правилу признания, причем к его центральному компоненту. Соответственно, суды не создавали его и не могут ни отменять, ни изменять [Goldsworthy J., 1999: 236–239]<sup>11</sup>.

На данном этапе усиливается ценностный подход, взаимосвязь между конституционными основами, ценностями, справедливостью и свободой (Д. Лоуз). Такой подход направлен на то, чтобы достичь согласование государственных институтов в обеспечении верховенства права. При таком подходе парламент должен ограничивать свою деятельность для обеспечения основных свобод в демократическом обществе. Принцип парламентского суверенитета уже допускает самоограничение парламента в достижении социальных демократических целей.

Верховенство права Европейского союза в полной мере не было признано и судами. К примеру, в 2014 г. в деле *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) (Appellant) v The Secretary of State for Transport and another (Respondents)* Верховный суд затронул вопрос о соотношении права ЕС с конституционными принципами Великобритании. В деле рассматривался вопрос о регулировании высокоскоростной железнодорожной сети. Стороны настаивали на проверке того, насколько в ходе законодательного процесса парламент принимал во внимание уровень контроля, налагаемого на такие проекты Директивой ЕС о воздействии на окружающую среду. Однако суды не могут оценивать законодательный процесс, поскольку это противоречит Биллю о правах (1689). Верховный суд Великобритании установил, что в данном случае Директива ЕС не нарушала Билля о правах, но, если бы такое произошло, Суд признал бы верховенство принципов страны.

Противники членства в Евросоюзе и в дальнейшем сторонники брекзита признание верховенства европейского права рассматривали крайне негативно. Сторонники брекзита полагали, что членство страны в ЕС наносит

<sup>11</sup> Следует отметить, что по мнению британских юристов принцип парламентского суверенитета лишь подтверждает доминирование позитивизма в современной правовой мысли [Allan T.R., 1985: 614].

ущерб суверенитету парламента, независимости страны в целом и парламентской демократии. В частности, известный юрист лорд Деннинг подверг критике верховенство и прямое действие европейского права и предложил пересмотреть такой подход. Он полагал, что «Европейский суд справедливости отобрал парламентский суверенитет. Наши суды не должны более применять наши национальное право. Они должны применять европейское право. Оно как прилив, разрушающий наши морские укрепления и проникающий в глубь страны» [Denning A., 1990: 48].

Стремление восстановить парламентский суверенитет и утвердить верховенство британских законов имело место уже в то время, когда Великобритания была членом Европейского союза. В 2016 г. тогдашний премьер-министр Д. Камерон поддержал идею принятия акта о суверенитете, который обеспечит приоритет национального права над правом ЕС. Эта задача возлагалась на парламент, который должен был обеспечить контроль над национальным законодательством. Однако получалось, что это станет возможным только при выходе страны из Евросоюза. Только в таком случае парламентский суверенитет может быть восстановлен. Нынешний премьер-министр Б. Джонсон заявил, что после брекзита британские законы будут приниматься исключительно британским парламентом, интерпретироваться британскими судьями, заседающими в британских судах, и юрисдикции Европейского суда придет конец.

Таким образом, членство Великобритании в ЕС все же поставило под сомнение полноту действия принципа парламентского суверенитета<sup>12</sup>, и брекзит стал рассматриваться как возвращение к парламентскому суверенитету в полном его объеме.

В ходе процедуры брекзита возник еще один вопрос — о разграничении принципа парламентского суверенитета и королевской прерогативы. Прерогативные полномочия признаются в силу особого положения Короны. Еще Блэкстон определял, что прерогативные полномочия основаны на том «особого рода превосходстве, выходящем за обычные рамки общего права, которым король в силу своего королевского сана обладает над всеми другими лицами». Через несколько веков другой английский юрист — А. Дайси — отметил, что королевская прерогатива предполагает дискреционные полномочия, использование которых в любое время остается в руках Короны [Dicey A., 1982: 92].

С развитием парламента с XVII в. его акты ограничивали королевскую прерогативу. Билль о правах (1689), по сути, закрепляет парламентское вер-

---

<sup>12</sup> Адвокат стороны в деле *Thoburn* предлагал признать, что в условиях членства Великобритании в ЕС принцип парламентского суверенитета имеет историческое значение. *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] QB 151 (“*Thoburn*”) at 53.

ховенство в законодательной сфере, а исполнительные полномочия Короны стали исполняться министрами, ответственными перед парламентом. Министры не могут изменять законодательство, так как в таком случае нарушался бы принцип парламентского суверенитета. Именно на Билль о правах ссылаются судьи, решая вопрос о возможности инициировать брекзит в рамках королевской прерогативы.

Конституционно-правовая доктрина проводит различие между полномочиями государственных органов во внешней и внутренней сферах. В первом случае речь идет о королевской прерогативе, во втором — о полномочиях парламента. Поскольку выход страны из Европейского союза относится к международной сфере, он входит в королевскую прерогативу, которая от ее имени осуществляется правительством. Вопрос заключался в том, может ли правительство на основе королевской прерогативы инициировать переговоры по брекзиту, или это входит в компетенцию парламента. Первая позиция, отстаиваемая правительством, не была поддержана судами, которые в конечном счете поддержали парламентский суверенитет.

Вопрос о том, может ли правительство инициировать брекзит или требуется в данном случае принятие парламентского статута, был рассмотрен судами [Phillipson G., 2017: 46]; [Craig P., 2018]. Высокий суд в деле *R (Miller) v The Secretary of State for Exiting* [2016]<sup>13</sup> признал королевскую прерогативу в международной сфере, но отметил, что если международные договоры Великобритании затрагивают права человека, то требуется принятие акта парламента. Главный судья лорд Томас отметил, что важный аспект фундаментального принципа парламентского суверенитета заключается в том, что первичное законодательство не может быть вытеснено Коронай посредством реализации королевской прерогативы.

24 января 2017 г. позиция Высокого суда была поддержана Верховным судом в деле *Miller & Anor, R (on the application of) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017]<sup>14</sup> большинством в пять голосов (восемь против трех)<sup>15</sup>. Верховный суд Великобритании постановил, что поскольку референдум является относительно новой конституционной практикой, решение, принятое на нем, не влечет за собой автоматически правовых последствий. Они определяются законом, на основании которого референдум проводится — Актом о референдуме о Европейском союзе (*European Union Referendum Act 2015* г.). Если в данном законе не установлено, что процесс

<sup>13</sup> [2016] EWHC 2768 (Admin).

<sup>14</sup> [2017] UKSC 5, [2017] 2 WLR 583, [2017] 1 All ER 593, [2017] NI 141, [2017] 2 CMLR 15, [2018] AC 61, [2017] UKSC 5, [2017] HRLR 2, [2017] WLR(D) 53

<sup>15</sup> Judgement 2017 UKSC 5, *R v Secretary of state for exiting the European Union*. 24 January 2017. Available at: URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>, (дата обращения: 24.01.2017)

выхода может инициировать правительство, действия последнего носят политический, а не правовой характер. После референдума должен был быть принят закон, регулирующий дальнейшую процедуру выхода из Евросоюза. Согласие парламента было признано судами необходимой частью процедуры брекзита [Phillipson G., 2017. P.46]. Таким образом, в обсуждение процедуры брекзита были вовлечены все три ветви власти, и позиция Верховного суда поставила в этих спорах точку<sup>16</sup>.

После принятия судебного решения парламент большинством<sup>17</sup> проголосовал за то, чтобы предоставить правительству полномочия инициировать переговоры по брекзиту. 9 марта 2017 г. премьер-министр Великобритании направил соответствующее письмо в штаб-квартиру Евросоюза в Брюсселе и тем самым инициировал переговорный процесс в соответствии с ст. 50 Договора о ЕС.

### **3. Брекзит: суверенитет народа или парламента?**

В условиях брекзита термины «суверенитет» и «парламентский суверенитет» вновь актуализировались. Но речь пошла не столько о законодательных полномочиях парламента, сколько о соотношении парламентского и народного суверенитета, о сохранении принципа суверенитета в полном объеме или о возможных путях изменения содержания данного принципа или его отмены<sup>18</sup>.

Воспринявшее принцип парламентского суверенитета, британское конституционное право изначально отрицало референдум. Изменение политического отношения к референдуму и его внедрение в практику, в том числе в связи со вступлением и особенно с выходом страны из ЕС, привело к необходимости либо найти баланс между суверенитетом парламента и народным суверенитетом, либо однозначно признать верховенство одного из них.

В 2011 г. парламента Великобритании принял акт о Европейском союзе, в котором было установлено, что при передаче важных полномочий Брюсселю вопрос должен быть вынесен на референдум. В процессе брекзита особое место занял референдум о членстве Великобритании в ЕС, проведенный 23 июня 2016 г.

---

<sup>16</sup> Ряд конституционалистов не согласен с решением Верховного суда Великобритании и полагает, что в ситуации брекзита не было необходимости принимать парламентский закон, а можно было применить королевскую прерогативу, которая не противоречит принципу парламентского суверенитета [Endicott T., 2016: 23].

<sup>17</sup> Ярый евроскептик, депутат Европарламента Н. Фэрейдж составил список депутатов, не поддерживавших брекзит, и назвал их «врагами демократии».

<sup>18</sup> Заметим, что подобные вопросы стояли в США в период подготовки писаной конституции [Craig P., 2003: 110].

На референдум был вынесен вопрос: должно ли Соединенное Королевство оставаться членом Европейского союза или выйти из него. 51,9% явившихся к урнам граждан проголосовали за выход страны из ЕС<sup>19</sup>. Опросы избирателей показали, что большинство проголосовавших за выход (49% из 12.369 опрошенных) исходило из того, что решения о Великобритании должны приниматься в Великобритании, 33% исходило из необходимости установления иммиграционного контроля<sup>20</sup>.

Результаты референдума о выходе из ЕС были неоднозначно восприняты в стране<sup>21</sup> и вызвали серьезную парламентскую и общественную дискуссию. То, что большинство избирательного корпуса неожиданно поддержало выход Великобритании из ЕС, привело к дискуссии о значении результатов референдума, о возможности их пересмотра на повторном референдуме, а также о том, должен ли парламент следовать результатам референдума, или он вправе занять самостоятельную позицию,<sup>22</sup> которая будет иметь приоритет над референдумом. В дискуссию оказались вовлеченными депутаты, политические партии, Верховный суд и, конечно, ученые-юристы. Ответ на эти вопросы британские юристы и политики искали четыре года.

Референдум и его результат не только сыграли важную роль в инициировании брекзита и имели серьезные политические последствия, но и привели к дальнейшему развитию конституционно-правовой доктрины. Проблема соотношения парламентского и народного суверенитета вышла на новую стадию. Конституционалисты вынуждены были вернуться к доктринальному осмыслению референдума в контексте традиционных конституционных принципов и, прежде всего, принципа парламентского суверенитета, к необходимости недвусмысленного определения юридического значения института референдума.

<sup>19</sup> BBC. EU Referendum: The result in maps and charts. 24 June 2016. Available at: <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-36616028> (дата обращения: 19.07. 2021)

<sup>20</sup> Lord Ashcroft. How the United Kingdom voted on Thursday... and why, 24 June 2016. Available at: <http://lordashcrofthpolls.com/2016/06/how-the-united-kingdom-voted-and-why/> (дата обращения: 28.08.2021)

<sup>21</sup> С. Дуглас-Скотт пишет о «Брекзите и очаровании суверенитета, подобном сирене», критикуя большую часть дискуссий и ложные обещания в преддверии брекзита, видя причину в непоследовательном понимании суверенитета [Ahmed T., Fahey E., 2019: 96].

<sup>22</sup> В парламенте приблизительно 50% депутатов-консерваторов выступали за сохранение членства страны в ЕС, 40% — за выход из него, 10% — не имели четкой позиции. Среди депутатов-лейбористов 93% были за членство в ЕС, 3% — за выход. 56 депутатов от шотландской национальной партии и восемь депутатов-либералов в основном поддерживали сохранение членства в ЕС. Таким образом, около 70% депутатов были за сохранение членства в ЕС, 20% — за выход, 10% — окончательно не определились со своей позицией. Available at: <http://www.standard.co.uk/business/Anthony-hilton-why-we-may-remain-even-if-we-voteleave-a3272621.html> (дата обращения: 16.08.2021)

Для оценки института референдума в британском конституционном праве следует отметить, что ситуация стала изменяться в последней четверти XX в., когда в стране был впервые проведен ряд референдумов. За сравнительно короткий исторический период референдум активно вошел в конституционную практику страны<sup>23</sup>. Однако несмотря на утверждающуюся практику проведения референдумов, правовая мысль Соединенного Королевства пока до конца не определилась с институтом референдума. Институт референдума не получил в британском праве завершеного выражения. Правовой основой референдума выступает первичное законодательство<sup>24</sup>. Исходя из принципа парламентского суверенитета, именно парламент принимает каждый раз закон, иницилирующий проведение очередного референдума.

Поскольку парламент обладает неограниченными законодательными полномочиями, он вправе принять закон о проведении референдума по любому вопросу. В таком законе определяется обязательный или консультативный характер референдума. В силу того, что парламент не может ограничить последующие парламенты, принять единый закон о референдуме с перечнем выносимых на него вопросов в Великобритании невозможно. Для этого требуется пересмотр принципа парламентского суверенитета.

В зарубежных странах проводятся различные референдумы: конституционные, законодательные, обязательные и консультативные. Референдум 2016 г. о выходе Великобритании из ЕС поставил важный вопрос об обязательности решения, принятого на референдуме, для парламента, т.е. об обязательном характере референдума как выражения воли народа.

В Великобритании практикуются в основном консультативные референдумы. Они логичнее вписываются в концепцию парламентского суверенитета. При проведении консультативного референдума парламент, по сути, обращается к народу (посредством принятия соответствующего закона) с предложением выразить мнение по конкретному вопросу. В последующем либо требовалось принятие статута, либо никакие действия не предполагались. В первом случае парламент после консультативного референдума

---

<sup>23</sup> Помимо членства в Евросоюзе референдумы касались организации и полномочий органов в регионах и организации выборов в Палату общин в 2011 г. Несколько референдумов касались местного самоуправления. Всего 59 местных референдумов касались порядка избрания мэров, два — системы комитетов местного самоуправления, один — повышения ставки муниципального налога.

<sup>24</sup> Northern Ireland (Border Poll) Act 1972, European Communities Act 1975, Scotland Act 1978, Wales Act 1978, Referendums (Scotland and Wales) Act 1997, Northern Ireland (Entry to Negotiations, etc.) Act 1996; Northern Ireland Negotiations (Referendum) Order 1998, Government of Wales Act 2006, Scottish Independence Referendum Act 2013, Greater London Authority (Referendum) Act 1998, Regional Assemblies (Preparations) Act 2003, the Political Parties, Elections and Referendums Act 2000.

может как согласиться с его решением, так и прийти к иному решению, отличному от решения, принятого на референдуме, приняв соответствующий закон. Такая точка зрения была наиболее обоснована еще А. Дайси, и к ней обратились сторонники сохранения членства Великобритании в ЕС. Они доказывали, что результаты референдума не носят обязательного характера, и что парламент вправе занять противоположную позицию и проголосовать против выхода страны из Евросоюза.

Однако в последние десятилетия такая позиция все больше подвергается критике [Weill R., 2003: 474]. Референдумы, проводимые в Великобритании, рассматривались только как рекомендации парламенту, тем не менее депутаты ориентировались на волю избирателей и следовали их позиции, выраженной на референдуме. Проводимые референдумы политически связывают депутатов при голосовании по последующим законопроектам, поэтому в действительности воля народа оказывает влияние на парламентский суверенитет, что ведет к формированию их баланса.

Таким образом, концепция референдума продолжает исходить из парламентского суверенитета. В этом подходе интересно сочетание традиционного многовекового принципа с современными процессами. С одной стороны, это дает возможность выстраивать логическую систему, однако, с другой, не позволяет сформировать окончательно новую концепцию института референдума и соотнести ее с парламентским суверенитетом. Как отмечает британский исследователь М. Уилкинсон в статье «Непопулярный суверенитет», необходимо соединить фундаментальные права и ценности с действиями, направленными на контроль и противостояние правительству [Wilkinson M., 2020 ].

Политическая практика поставила теоретический вопрос о соотношении народного и парламентского суверенитетов. Происходящие процессы заставили британскую конституционно-правовую доктрину вновь обратиться к обсуждению идеи народного суверенитета. В отличие от других стран, таких как Швейцария, Франция или Италия, идея народного суверенитета в Великобритании не получила развития. Великобритания традиционно не относилась к странам, в которых было признано прямое волеизъявление народа в форме референдума. Признание суверенитета парламента ограничило прямое волеизъявление народа выборами в Палату общин. Принцип парламентского верховенства устанавливает, что только парламент имеет право принимать статуты: «законодательное верховенство не делится в Англии с избирателями» [Уэйд Е., Филлипс Дж., 1950: 60]. Идея принятия законов (статутов) на референдуме не была воспринята. Принятие закона после референдума рассматривается как выражение принципа парламентского суверенитета, а соответствие закона результатам референдума — как признание народного суверенитета.

В конечном счете это привело к наблюдающемуся поныне противопоставлению принципа парламентского и народного суверенитетов. Совершенно очевидно, что принцип парламентского суверенитета в классической форме перестает существовать, и его новая форма предполагает сосуществование с принципом народного суверенитета. Формулировка «мы, народ», известная в большей степени конституционному праву США в силу ее включения в Конституцию США (1787), в настоящее время постепенно внедряется в британскую правовую мысль. Сосуществование принципа парламентского суверенитета и народного суверенитета ведет к поиску баланса между ними, прежде всего на политическом уровне.

Что касается доктринального уровня, то британские исследователи разошлись в оценке рассматриваемых нами тенденций [Poole T., 2017. pp. 696–710].

Одни оценивают происходящие процессы как демонстративный сдвиг от парламентского суверенитета к народному. По мнению А. Барнета, брекзит подобен «конституционному динамиту» для Великобритании. Он бросил вызов парламентскому суверенитету так, что сама концепция последнего была «фатально изменена». Известный конституционалист В. Вигмор сравнил парламентский суверенитет с Чеширским котом, который исчезает, но остается только ухмылка. Речь идет о том, что принцип парламентского суверенитета постепенно утрачивает свое значение, уступая место новым тенденциям. Новый суверен — народ теперь заменяет старого суверена. Воля народа теперь превалирует. Парламентский суверенитет восстановлен только формально. Те же, кто сопротивляется, являются «врагами народа», — провозглашает А. Барнет [Barnett A., 2016]. Другие ученые полагали, что речь идет лишь об инструменте, обеспечивающем должное преобразование [Qvortrup M., 1999: 531]. По мнению Р. Мастермана и К. Мюррея, референдум в его британском варианте представляет собой нечто среднее между непосредственной и представительной демократией [Masterman R., Murray C., 2016].

Несмотря на значительное увеличение количества публикаций о проблемах суверенитета, нужно отметить, что новой завершенной концепции сформулировать не удалось. Критика А. Дайси, усилившаяся к концу XX в., в XXI в. не заменена альтернативной концепцией<sup>25</sup>.

Народный и парламентский суверенитеты в определенной степени противоречат друг другу, но на данном этапе они продолжают сосуществовать на паритетных основаниях. Признание приоритета одного из них — задача последующего конституционного развития.

---

<sup>25</sup> По недавнему и мало внятому определению государственного секретаря Д. Дэвиса: «Парламент суверенен, он был суверенным, но, конечно, и народ суверен».

## **Заключение**

Британское конституционное право имеет глубокие исторические корни и развивается поступательно, наполняя старые институты новым содержанием. Исследование влияния брекзита на внутренние конституционные процессы Великобритании показывает, что этот процесс несомненно повлек за собой широкие и всесторонние последствия. Они касаются не только внешнего взаимодействия страны с Европейским союзом, но и конституционно-правовой доктрины, от которой потребовалось найти обоснование происходящим процессам, включить их в традиционную конституционную модель Великобритании. В противном случае речь бы пошла о кардинальной конституционной реформе, в ходе которой пришлось бы пересматривать ранее стабильные конституционные принципы. Приверженность им делает конституционную модель британской формы правления стабильной и вместе с тем позволяет наполнять ее новым содержанием в случае серьезных изменений обстановки. Это прекрасно демонстрируется на принципе парламентского суверенитета. Несмотря на споры об объеме его содержания, о его признании основным принципом британской конституции или, напротив, о его пересмотре, чтобы провести более полную реформу, данный принцип продолжает существовать и обойти его невозможно. Брексит стал причиной нового обращения к данному принципу, необходимости вернуться к обсуждению его современного содержания. Дебаты о роли парламента в процессе брекзита лишний раз показали неотъемлемость данного принципа. Парламент Великобритании оправдал возложенную на него роль, создав преемственность в правлении права (*rule of law*). Несомненно, этому способствовали суды общего права, обеспечивающие сильную судебную власть.

С другой стороны, референдум о членстве страны в ЕС привел к серьезным конституционно-правовым дискуссиям о народном суверенитете — о теме, которая изначально не была воспринята британской конституционной моделью в силу того, что противоречила признанному принципу парламентского суверенитета. Однако референдум о выходе страны из Европейского союза имел столь значительные политические последствия, что игнорировать позицию проголосовавших за выход избирателей депутатский корпус не смог. В результате в конституционном праве возникло определенное «двоевластие» — и парламентский, и народный суверенитеты вынуждены на сегодняшний день сосуществовать в рамках одной и той же модели власти. Несомненно, конституционное право Великобритании поворачивается в сторону реформ, однако в дальнейшем необходимы будут новые события, вынуждающие вносить в правовую доктрину дальнейшие изменения. В настоящее же время, несмотря на брекзит, правовой континуитет как характерная черта британского права продолжает определять поступательное развитие конституционного права страны.



## Библиография

- Буржуазная конституция на современном этапе. Отв. ред. Туманов В.А. М.: Наука, 1983, с. 82.
- Уэйд Е., Филлипс Дж. Конституционное право. М.: Издательство иностранной литературы, 1950, с. 63.
- Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. М.: Норма, 2006, с. 108.
- Ahmed T., Fahey E. (ed.) *Brexit Law, Justices and Injustices*. London: University of London Press, 2019, 320 p.
- Allan T.R. The Limits of Parliamentary Sovereignty. *Public Law*, 1985, Winter, p. 614.
- Barnard C. So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu: Brexit and the Charter of Fundamental Rights. *Modern Law Review*, 2019, vol. 82, p. 350.
- Barnett A. Brexit has killed the sovereignty of Parliament, 2016. Available at: <https://www.opendemocracy.net/anthony-barnet/brexit-has-killed-sovereignty-of-parliament> (accessed: 6.07.2019)
- Craig P. Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy. *Public Law*, 2003, Spring, p.110.
- Dalton P., Dexter R. The Constitutional Law. L.: Allen and Unwin, 1976, pp. 41–47.
- Denning A. Introduction to the European Court of Justice: Judges or Policy Makers? London: Bruges Group, 1990, p.48.
- Dicey A. Introduction to the Study of Law of the Constitution. 8th ed. Indianapolis: University Press of America, 1982, pp. 46, 92.
- Goldsworthy J. The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 236–239.
- Endicott T. Parliament and the Prerogative: From the Case of Proclamations to Miller. Policy Exchange. 2016, p.23. Available at: [www.policyexchange.org.uk](http://www.policyexchange.org.uk) (accessed: 06.07.2019)
- Feldman D. The nature and significance of “constitutional” legislation. *Law Quarterly Review*, 2013, no 129, p. 343. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3142104> (accessed: 10.06.2020)
- Elliott M., Williams J., Young A. (eds.) *The UK Constitution After Miller: Brexit and Beyond*. Oxford: Hart Publishing, 2018. Available at <https://ssrn.com/abstract=3142104> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3142104> (accessed: 11.06.2021)
- Jennings I. *The Law and the Constitution*. London: Macmillan, 1954, pp. 136–153.
- Hogg P. *The Constitutional Law of Canada*. 3rd ed. Toronto: McClelland and Stewart, 2007, p. 261.
- Laws J. *About The Constitutional Balance*. Oxford: Hart House, 2021, p. 15.
- Loughlin M. *The British Constitution: Thoughts on the Cause of the Present Discontents*. LSE Legal Studies Working Paper, 2018, no 2. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3129734> (accessed: 15.08.2021)
- Qvortrup M. A.V. Dicey: The Referendum as the People’s Veto. *The History of Political Thought*, 1999, vol. 20, no 3, p. 531.
- Masterman R., Murray C. *A House of Cards? UK Constitutional Law Association*, 2016. Available at: <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/04/roger-masterman-and-colin-murray-ahouse-of-cards/> (accessed: 12.06.2021)

Markakis M. Brexit and the EU Charter of Fundamental Rights. *Public Law*, 2019, vol. 82, pp. 82–101.

Murkens J.E.K. A Written Constitution: A Case Not Made. *The Oxford Journal of Legal Studies*, 2021. Available at: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqab016> (accessed: 15.08.2021)

Phillipson G. EU Law as an Agent of National Constitutional Change: *Miller v Secretary of State for Exiting the European Union*. *Yearbook of European Law*, 2017, no 1, p. 46.

Poole T. Devotion to Legalism: On the Brexit Case. *The Modern Law Review*, 2017, vol. 80, issue 4, pp. 696–710.

Somek A., Michael A., Wilkinson M. Unpopular Sovereignty? *The Modern Law Review*, 2020, vol. 83, issue 5, pp. 955–978.

Weill R. Dicey was not Diceyan. *CLJ*, 2003, vol. 62, p. 474.

Weill R. We the British People. *Public Law*, 2004, Winter, p. 405.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 3**

### **Constitutional Law Consequences of Brexit: Sovereignty of Parliament or of People?**



**Irina Bogdanoskaya**

Professor, Department of Legal Theory and Interdisciplinary Studies, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: [ibogdanovskaya@hse.ru](mailto:ibogdanovskaya@hse.ru)



#### **Abstract**

The exit of Great Britain from the European Union (Brexit) has actualized a lot of political, economic and legal issues. The latter issues include the relevant aspects of European law, as well as national, first of all, constitutional law. Constitutional aspects of Brexit touch, from one side, the theme of revising and renovating traditional principles, including parliamentary sovereignty principle, and from other side, emergence and development of new institutions like referendum. Indeed, the British referendum of 2016 about exit from the European Union has become a legal base for the Brexit procedure. The implementation of this procedure has demanded a solution to a number of doctrinal constitutional issues, first of all about the priority of people's sovereignty that was expressed at the referendum, and about the position of the British parliament. The principle of parliamentary sovereignty for centuries determined the specifics of constitutional institutions of that state. The institute of referendums historically was not accepted in Great Britain exactly as a reason of contradiction between principles of parliamentary supremacy and principle of direct popular voting. However, the practice of referendums took place in the United Kingdom since the end of 20<sup>th</sup> century, especially ones connected with entry of Britain in the European Union and with her exit from it, turned to be a reason for the British constitutional doctrine to research and clear once more a modern understanding of parliamentary supremacy principle. Even more important problem was to elaborate ways and means of coexistence of both principles. It was necessary to answer the following questions: if parliamentary supremacy still exists in its traditional meaning, or it has a sense to change content of that principle for inclusion of the people's sovereign-

ty into the British constitutional law; what is correlation of parliamentary and people's sovereignty in modern law as a whole. Because of the traditional British legal continuity way, for sure, it was impossible to wait for a full refuse from parliamentary sovereignty principle in favor of the people's sovereignty. The compromise was reached at the stage of Brexit itself. As a consequence, we see that in the present time traditional parliamentary sovereignty principle is maintained, but in the same time contours of referendum institute development in the British constitutional law are designed.



### Keywords

constitutional law, unwritten law, principles, Brexit, parliamentary sovereignty, Great Britain, European Union.

**For citation:** Bogdanovskaya I. Yu. (2021) Constitutional Law Consequences of Brexit: Sovereignty of Parliament or of People? *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 231–253 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.231.253



### References

Ahmed T., Fahey E. (ed.) (2019) *Brexit Law, Justices and Injustices*. London: University of London Press, 320 p.

Allan T.R. (1985) The Limits of Parliamentary Sovereignty. *Public Law*, Winter, p. 614.

Barnard C. (2019) So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu: Brexit and the Charter of Fundamental Rights. *Modern Law Review*, vol. 82, p. 350.

Barnett A. (2016) Brexit has killed the sovereignty of Parliament. Available at: <https://www.opendemocracy.net/anthony-barnet/brexit-has-killed-sovereignty-of-parliament> (accessed: 06.07.2019)

Craig P. (2003) *Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy*. Public Law, Spring, p.110.

Dalton P., Dexter R. (1976) *The Constitutional Law*. L.: Allen and Unwin, pp. 41–47.

Denning A. (1990) *Introduction to the European Court of Justice: Judges or Policy Makers?* London: Bruges Group, p.48.

Dicey A. (1982) *Introduction to the Study of Law of the Constitution*. 8th ed. Indianapolis: University Press of America, pp. 46, 92.

Goldsworthy J. (1999) *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, pp. 236–239.

Endicott T. (2016) Parliament and the Prerogative: From the Case of Proclamations to Miller. Policy Exchange. P.23. Available at: [www.policyexchange.org.uk](http://www.policyexchange.org.uk) (accessed: 06.07.2019)

Feldman D. (2013) The nature and significance of “constitutional” legislation 129 LQR 343. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3142104> (accessed: 10.06.2020)

Elliott M., Williams J., Young A. (eds.) *The UK Constitution After Miller: Brexit and Beyond*. Oxford: Hart Publishing, 2018. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3142104> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3142104> (accessed: 11.06.2021)

Jennings I. (1954) *The Law and the Constitution*. London: Macmillan, pp. 136–153.

Hogg P. (2007) *The Constitutional Law of Canada*. 3rd ed. Toronto: McClelland and Stewart, p.261.

- Khabrieva T.Ya., Chirkin V.E. (2006) *Theory of Modern Constitution*. Moscow: Norma, p. 108 (in Russian)
- Laws J. (2021) *About the Constitutional Balance*. Oxford: Hart House, p. 15.
- Loughlin M. (2018) The British Constitution: Thoughts on the Cause of the Present Discontents. LSE Legal Studies Working Paper, no 2. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3129734> (accessed: 15.08.2021)
- Qvortrup M. (1999) A.V. Dicey: The Referendum as the People's Veto. *The History of Political Thought*, vol. 20, no 3, p. 531.
- Masterman R., Murray C. (2016) A House of Cards? UK Constitutional Law Association. Available at: <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/04/roger-masterman-and-colin-murray-ahouse-of-cards/> (accessed: 12.06.2021)
- Markakis M. (2019) Brexit and the EU Charter of Fundamental Rights. *Public Law*, vol. 82, pp. 82–101.
- Murkens J.E.K. (2021) A Written Constitution: A Case Not Made. *The Oxford Journal of Legal Studies*. Available at: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqab016> (accessed: 15.08.2021)
- Phillipson G. (2017) EU Law as an Agent of National Constitutional Change: Miller v Secretary of State for Exiting the European Union. *Yearbook of European Law*, no 1, p. 46.
- Poole T. (2017) Devotion to Legalism: On the Brexit Case. *The Modern Law Review*, vol. 80, issue 4, pp. 696–710.
- Somek A., Michael A., Wilkinson M. (2020) Unpopular Sovereignty? *The Modern Law Review*, vol. 83, issue 5, pp. 955–978.
- Tumanov V.A. (ed.) (1983) *Burzhuaznaya konstitutcia na sovremennom etape*. Moscow: Nauka, 215 p. (in Russian)
- Wade E., Phillips J. (1950) *The Constitutional Law*. Moscow: Inostrannaya literatura, p. 63 (in Russian)
- Weill R. (2003) Dicey was not Diceyan. *CLJ*, vol. 62, p. 474.
- Weill R. (2004) We the British People. *Public Law*, Winter, p. 405.

# Ганс Кельзен: перипетии творческой биографии<sup>1</sup>



**М.В. Антонов**

Профессор, кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 198099, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Промышленная ул., 17. E-mail: mantonov@hse.ru



## Аннотация

Рецензия на книгу: Olechowski T. Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020, 1027 S.



## Ключевые слова

чистое учение о праве, Ганс Кельзен, юридический позитивизм, нормативная теория права, аналитическая юриспруденция, аксиология права

**Для цитирования:** Антонов М.В. Ганс Кельзен: перипетии творческой биографии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 3. С.

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.254.261

Единственным монографическим исследованием о творческой биографии Ганса Кельзена до недавнего времени оставалась книга, опубликованная его учеником Рудольфом Аладаром Металлом в 1969 г. [Métall R.A., 1969: 220], еще при жизни Кельзена. Эта работа на чуть более чем двух сотнях страниц объединяла в себе небольшой автобиографический очерк, написанный самим Кельзеном в 1947 г., отрывки из бесед и переписки Кельзена и Металла, воспоминания и комментарии последнего. Хотя эта книга и носила название «Жизнь и творчество Ганса Кельзена», но она не претендовала на всестороннее изучение эволюции творческого пути Кельзена, который к моменту ее выхода еще не был окончен (Кельзен умер в 1973 г.). В дальнейшем данную задачу пытались реализовать другие исследователи, в работах которых творческая биография Кельзена излагалась в контексте формирования его идей и изменений, вносимых им в чистое учение о праве. Среди таких исследовате-

<sup>1</sup> Рецензия на книгу: *Thomas Olechowski*. Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020, 1027 p.

лей могут быть в первую очередь названы Стенли Полсон и Маттиас Иештедт [Полсон С.Л., 2011: 511–530]; [Иештедт М., 2015: 621–658]; [Полсон С.Л., 2015: 659–686], которые хоть и не опубликовали отдельных монографических исследований, посвященных жизнеописанию Кельзена, но в своих работах раскрыли многие важные стороны его творческой эволюции.

В вышедшей в 2020 году книге «Ганс Кельзен. Биография правоведа» профессор Венского университета Томас Олеховский предпринимает попытку понять, как жизненные условия могли сказаться на формировании теоретических представлений и личности Ганса Кельзена в целом. Эта тысячестраничная монография представляет собой замечательный синтез проделанной в этом направлении научно-исследовательской работы. С одной стороны, она включает в себя большой пласт нового биографического материала, который был собран профессором Олеховским и его коллегами<sup>2</sup> за 15 лет исследований: архивные источники, интервью с современниками Кельзена, переписка. С другой, она синтезирует предшествующие исследования, которые были предприняты в научной литературе как по биографии Кельзена, так и по анализу его взглядов.

Наряду с богатым биографическим материалом читатель найдет в книге интересные рассуждения автора о связи развития теоретических представлений выдающегося представителя юспозитивизма с тем социально-политическим и культурным контекстом, в котором эти представления формировались. Томас Олеховский специализируется на истории политико-правовых учений, анализе этих учений в историческом контексте их становления, так что выбор им такой исследовательской перспективы вполне объясним. Особенно важную смысловую роль в повествовании играют подробные комментарии, которые профессор Олеховский дает относительно политических событий в Австрии в годы жизни Кельзена, и о том, как эти события определяли исследовательские интересы Кельзена. Этот анализ органично дополняется подробным анализом влияния политико-правовых идей Кельзена на становление государственной и правовой системы Альпийской республики<sup>3</sup> и, в частности, их значения для современного австрийского конституционализма. Другие периоды жизни Кельзена также снабжены в монографии аналогичными комментариями, но венский период освещен автором особенно удачно.

В первой части работы, озаглавленной «В Габсбургской монархии», читатель узнает о тех теоретических и практических проблемах, с которыми

---

<sup>2</sup> В сборе материала для монографии профессору Олеховскому помогали его коллеги по Венскому университету и Институту Ганса Кельзена в Вене Юрген Буш, Мириам Гасснер, Тамара Эз и Стефан Ведрач.

<sup>3</sup> Австрия стала республикой в 1918 г.

столкнулись австрийские юристы в последние годы существования Австро-Венгерской империи и о том, какие решения этих проблем предлагал, в частности, Ганс Кельзен. В контексте конституционного кризиса того времени становится лучше понятным разработанный им в 1918 г. проект Конституции Австрии и включенные в нее система федерализма, модель конституционной юстиции и другие аспекты Конституции. Автор связывает эти решения с занимавшим тогда Кельзена и многих его коллег поиском путей сохранения единства многонационального, многоконфессионального государства на основе принципа плюрализма. Такое сохранение «единства во множестве» мыслителю виделось возможным через конституционное закрепление и судебную защиту принципа плюрализма, который Кельзен начиная с работы о сущности демократии 1920 г. неизменно увязывал с демократическим строем.

Эту систему идей Кельзен последовательно защищает в рамках деятельности конституционного судьи и в работах более позднего времени. В отличие от многих методологических вопросов, мнение по которым он менял впоследствии (отдельный аспект, которому профессор Олеховский посвящает подробные комментарии), идея о неразрывной связи демократии, плюрализма и лежащего в основе последнего релятивизма осталась неизменной основой убеждений мыслителя на протяжении всей его жизни<sup>4</sup>. Эту особенность понимания демократии может объяснять то, что жизненный опыт Кельзена не дал ему возможности познакомиться с монокультурными обществами, где сохранение плюрализма не имело столь решающего значения для поддержания государственного единства и верховенства права, как в США или Австро-Венгерской империи и других многонациональных государствах<sup>5</sup>.

Описывая жизненный путь Кельзена как своего рода «микроскопический срез исторических событий 1881–1973 гг.» (S. 20), профессор Олеховский достигает примечательного синергетического эффекта. Во-первых, он дает читателю объем знаний, необходимый для понимания контекста творчества австрийского правоведа — особенно в первый, венский период его жизни. Во-вторых, читатель может увидеть влияние не только событий на эволюцию взглядов мыслителя, но и влияние философско-правовых идей мыслителя на развитие политических и юридических институтов того времени. В-третьих, предлагаемый автором анализ дает возможность оценить, как представления Кельзена вплетаются в интеллектуальную и культурную

---

<sup>4</sup> На акцент, который профессор Олеховский делает в своей монографии на значении принятого Кельзеном идеала свободы для развития его концепции, обращают внимание и другие рецензенты: [Schuett R., 2020: 11-12].

<sup>5</sup> Переход Австрийской республики к монокультурной модели, характеризующей ее с конца 1920-х гг., занял достаточно длительное время. Этот выбор не был очевиден во время образования этой республики.

жизнь Вены тех лет, в «духе времени», который выразился в венском модерне: литературном, музыкальном, архитектурном и т.п. Об этом профессор Олеховский, рожденный и выросший в Вене, рассказывает с непревзойденным мастерством. В перспективе этого нарратива становятся понятными те общие черты, которые можно найти между юридическим проектом Кельзена, психоаналитической теорией Фрейда, идеями венского логического кружка и многими другими интеллектуальными течениями, что сформировались в том «духе времени». Следуя этому замыслу, Томас Олеховский на страницах своей книги неоднократно отмечает сходство жизненного пути Кельзена, Л. фон Мизеса, Ф. фон Хайека и других венских интеллектуалов того времени<sup>6</sup>.

Столь же тщательно автор исследует и последующее пребывание Кельзена сначала в Кельне, а затем в Женеве и Праге. Проанализировав причины «падения Кельзена» (название главы 5, в которой описываются обстоятельства, при которых правовед потерял сначала место в Конституционном Суде Австрии, а потом и в Венском университете), автор красочно характеризует трагический оборот, который приняла работа Кельзена в Кельнском университете после прихода к власти нацистов в 1933 г. Не в последнюю очередь, сложность этой ситуации характеризуется нападками на Кельзена со стороны лояльных новым властям правоведов (К. Шмитта, Р. Сменда, Г. Геллера и др.), для которых его «чистое учение» стало олицетворением индивидуалистической либеральной идеологии, противостоящей коллективистской идеологии национал-социализма. Опыт такого рода дебатов (сначала с австрийскими, а потом и с немецкими правоведами ультраправой ориентации), как кажется, окончательно убедил Кельзена в смысловой связи коммунитаристских политико-правовых теорий, опирающихся на учение об объективных ценностях, с репрессивной политической идеологией — что не может не напоминать точку зрения, которая будет развита другим уроженцем Вены, Карлом Поппером, в написанной им в конце 1930-х гг. книге об «Открытом обществе и его врагах» [Поппер К., 1992: 448].

После вынужденной эмиграции (по сути, бегства — так автор и называет главу 2 третьей части книги) из Кельна, Кельзен обрел поддержку в лице профессора Уильяма Раппара (Rappard) в Женеве, но так и не смог найти постоянное академическое место в Швейцарии. Это побудило его начать «гостевую игру в Праге» (выражение самого Кельзена) — принять предложенное ему чехословацким правительством место профессора Немецкого университета в Праге. Здесь австрийский правовед столкнулся с сопротивлением как чешских националистов, недовольных назначением немецкого профессора, так и профашистски настроенных чешских немцев, для кото-

<sup>6</sup> На русском языке ср. об этом также: [Познер Р., 2010: 181-208].

рых он был всего лишь изгнанным из Австрии и Германии евреем. Парадоксальность ситуации, в которой оказался Кельзен, профессор Олеховский удачно описывает путем сравнения с сюжетами романов Ф. Кафки.

В конце концов Кельзену удалось эмигрировать в США, что означало радикальное изменение в его профессиональном развитии. На это автор биографии намекает в названии последней, четвертой части книги — «Америка и мир». Действительно, до 1940 г. творчество мыслителя имело дело преимущественно с проблемами юридической теории и догматики, что обсуждались в немецкоязычном научном сообществе. Хотя в 1936 г. — после публикации переводов его «Чистого учения о праве» на нескольких языках (варианты на шведском и испанском языках даже вышли в свет до появления в 1934 г. на немецком самого «Reine Rechtslehre») — Кельзен был удостоен звания почетного профессора в университетах Утрехта и Гарварда, его другие работы оставались по большей части без перевода и поэтому малоизвестны в мире.

Он и сам прекрасно понимал свое положение, неоднократно в переписке с коллегами выражая сожаление, что его исследования важны только для немецкоязычных юристов. Возможно, в этом убеждении мыслителя может найти объяснение и граничащая с абсурдом настойчивость, с которой Кельзен, вопреки обстоятельствам, пытался удержаться на профессорском месте в Праге, где он имел удовольствие преподавать на немецком и для немецкоязычной публики. Он отказался от этого места только после того, как в результате аншлюса проезд Кельзена из Швейцарии (где он жил) в Чехословакию стал невозможен. Те немногочисленные сочинения, что были опубликованы в 1930-х гг. на французском и английском языках по тематике международного права (материалы лекций и докладов из женевского периода его жизни), не пользовались в этой отрасли права успехом.

Как убедительно показано в рецензируемой работе, начало академической деятельности в США дало мыслителю двоякий стимул к развитию. С одной стороны, пришлось перестроить свойственную для него манеру дискурса, сосредоточенного преимущественно на анализе понятий — манеру, обычную для немецкого профессора, но малопонятную для американского юриста, заинтересованного в четких формулировках, иллюстрирующих их примерах и доказательствах. Неслучайно, что в те годы Кельзену пришлось в голову заняться такими вопросами, как релятивизм в этике и теория вменения (нормативного обязывания — *Zurechnung*) [Дидикин А.Б., 2015: 265–282.], что вывело его на проблематику теории справедливости и естественного права. Неудивительно, что глубокие философские изыскания на эти две темы привели Кельзена к внесению достаточно существенных методологических уточнений в его теорию, что стало очевидным в опубликованной в 1945 г. «Общей теории права и государства» [Kelsen H. (a), 1945:

516]<sup>7</sup>, объединявшей в себе переведенные на английский избранные фрагменты из немецких работ мыслителя, которые он сам отобрал и в перевод которых внес многочисленные поправки.

С другой стороны, Кельзен теперь был советником Вооруженных сил США и был аффилирован с американским университетом (сначала с Гарвардом, потом с Беркли), что дало ему возможность участвовать как представителю США в разного рода политических проектах, связанных с определением будущего послевоенной Германии и с устройством послевоенного миропорядка. Так, Кельзен предложил теоретическое обоснование прекращения правосубъектности Германского рейха и создания на его месте нового германского государства, а также стал одним из главных авторов идеи Нюрнбергского трибунала для нацистских преступников.

В плане разработки нового международного правопорядка примечательны его работы о статусе ООН, правах и обязанностях государств, принципах международного права и других вопросов международного права, которые на этот раз принесли ему достаточно широкую известность в этой отрасли. Именно в эту сферу, а также в упомянутые выше философско-правовые проблемы ценностей в праве и нормативного вменения переместился научный интерес Кельзена (по меньшей мере, до публикации второго издания «Чистого учения о праве» в 1961 г.). Можно отметить, что основная работа того периода — «К миру через право» (1944) — в значительной степени представляет собой обоснование тех ценностных предпочтений, которыми Кельзен руководствовался в своих международно-правовых исследованиях.

Было бы неблагодарным занятием пытаться перечислить все темы и аспекты творческого пути Кельзена, которые получили свое освещение в замечательной работе профессора Олеховского. Несмотря на внушительный объем — более тысячи страниц убористым шрифтом — книга читается легко и захватывающе. Она похожа больше на биографический роман, чем на скучное перечисление фактов жизни и содержания написанных работ — стиль, который характеризует некоторые научные биографии. Автор умело сочетает изложение жизненных фактов с подробными комментариями о том контексте, в котором эти факты имели место. Как кажется, автор вполне прав в своем замечании, что «тот, кто по настоящему хочет понять Кельзена, должен поработать и с его работами, что были написаны когда-то на злободневные темы (и поэтому сегодня основательно подзабыты), изучить духовные и материальные условия, под влиянием которых Кельзен писал свои сочинения, а также познакомиться с личными особенностями Кельзена, с его мировоззрением и свойственным ему пониманием человека» (S. 928).

<sup>7</sup> В том же году вышел и тщательно отредактированный Кельзеном перевод «Чистого учения о праве»: [Kelsen H. (b), 1945: 211].

Стоит особо отметить тот оптимальный баланс, который автору удалось найти между изложением биографических фактов и аналитическим описанием идей, что наряду с многочисленными отступлениями, позволяющими читателю лучше понять контекст событий, и делает книгу столь доступной и интересной для чтения. Как справедливо отмечает один из рецензентов, «такого рода новое прочтение [идей Кельзена — М.А.], которому кладет начало книга Оলেখовского, делает Кельзена более близким к жизни и тем самым более «пригодным для использования» в современных дебатах» [Techet P., 2020]. Книга также включает в себя исчерпывающий библиографический список работ Кельзена и подробный список немецкоязычных работ о нем. Нет никаких сомнений, что книга профессора Оলেখовского является весьма полезным и, можно сказать, необходимым подспорьем для всех тех, кто следует чистое учение о праве и творчество его создателя.

### Библиография

Дидикин А.Б. Философия права Ганса Кельзена: релятивизм и переосмысление причинности // Schole. 2015. N 2. С. 265–282.

Иештедт М. Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена / Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. С. 621–658;

Познер Р. Кельзен, Хайек и экономический анализ права // Российский ежегодник теории права. 2010. N 3. С. 181–208.

Полсон С.Л. Нормативизм Ганса Кельзена / Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. С. 659–686.

Полсон С.Л. Ранняя теория права Ганса Кельзена: критический конструктивизм // Российский ежегодник теории права. N 4. 2011. С. 511–530.

Поппер К. Открытое общество и его враги. В 2 т. М.: Культурная инициатива; Феникс, 1992, 448 с.

Kelsen H. (a) (1945) *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 516 p.

Kelsen H. (b) (1945) *The Pure Theory of Law*. Madison: University of Wisconsin Press, 211 p.

Métall R.A. (1969) *Hans Kelsen. Leben und Werk*. Wien: Verlag Franz Deuticke, 220 p.

Schuett R. (2020) *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers: Thomas Olechowski, unter Mitarbeit von Jürgen Busch, Tamara Ehs, Miriam Gassner und Stefan Wedrac*. Tübingen 2020: Mohr Siebeck, 1027 S. *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, no. 3, S. 11–12.

Techet P. (2020) Rezension zu: Olechowski Thomas. *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*. Tübingen: Siebeck-Mohr, 2020, 1027 p. Available at: URL: <https://www.hsozkult.de/review/id/reb-29700?title=t-olechowski-hans-kelsen> (дата обращения: 12.08.2021).

## Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 3

### Twists and Turns of Hans Kelsen's Biography



#### Mikhail Antonov

Professor, Department of Legal Theory and History, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg Branch), Doctor of Juridical Sciences. Address: 17 Promyshlennaya Str., Saint Petersburg 198099, Russian Federation. E-mail: mantonov@hse.ru



#### Abstract

The review of a book: Olechowski T. Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020, 1027 S.



#### Keywords

pure theory of law, Hans Kelsen, legal positivism, normative theory of law, analytical jurisprudence, axiology of law

**For citation:** Antonov M.V. (2021) Twists and Turns of Hans Kelsen's Biography. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 254–261 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.254.261



#### References

- Didikin A.B. (2015) Hans Kelsen's philosophy of law: relativism and re-understanding of causality. *Schole*, no 2, pp. 265–282 (in Russian)
- Ieshtedt M. (2015) Introduction to Pure Theory of Law. In: Kelsen H. Pure Theory of Law, Justice and Natural Law. Saint Petersburg: Alef Press, pp. 621–658 (in Russian)
- Kelsen H. (a) (1945) *General Theory of Law and State*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 516 p.
- Kelsen H. (b) (1945) *The Pure Theory of Law*. Madison: University of Wisconsin Press, 211 p.
- Métall R. (1969) *Hans Kelsen. Leben und Werk*. Wien: Verlag Franz Deuticke, 220 p.
- Polson S.L. (2011) Early legal theory of Hans Kelsen: a critical constructivism. *The Russian yearbook of legal theory*, no 4, pp. 511–530 (in Russian)
- Polson S.L. (2015) Hans Kelsen's normativism. In: Kelsen H. The Pure Theory of Law, Justice and Natural Law. Saint Petersburg: Alef Press, pp. 659–686 (in Russian)
- Popper K. (1992) *Open society and his enemies*. Moscow: Feniks, 448 p. (in Russian)
- Posner R. (2010) Kelsen, Hayek and economic theory of the law. *The Russian yearbook of legal theory*, no 3, pp. 181–208 (in Russian)
- Techet P. (2020) Rezension zu: Olechowski T. Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Available at: <https://www.hsozkult.de/review/id/reb-29700?title=t-olechowski-hans-kelsen> (accessed: 12.08.2021)

**Журнал учрежден** в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

**Главные задачи:**

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

**Основные темы:**

Правовая мысль (история и современность)  
Портреты ученых-юристов  
Российское право: состояние, перспективы, комментарии  
Судебная практика  
Право в современном мире  
Реформа юридического образования  
Научная жизнь  
Дискуссионный клуб  
Рецензии

**Журнал рассчитан** на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

**Журнал выходит** раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

# АВТОРАМ

## Требования к оформлению текста статей

**Представленные статьи** должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

### **Объем статьи**

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

**При наборе текста** необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

### **Название статьи**

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

### **Сведения об авторах**

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

### **Аннотация**

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

**Сведения, содержащиеся в заглавии статьи**, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

**Исторические справки**, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

### **Ключевые слова**

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

### **Сноски**

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

### **Тематическая рубрика**

Обязательно — код международной классификации УДК.

### **Список литературы**

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

**Статьи рецензируются.** Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

**Плата с аспирантов** за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации  
«Право. Журнал Высшей школы экономики»  
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.  
выдано Федеральной службой по надзору  
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*  
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*  
Художник *А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*  
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 09.09.2021. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 16,0. Тираж 400 экз. Заказ №

Отпечатано в ФГУП «Издательство «Наука»  
(Типография «Наука»)  
121099, Москва, Шубинский пер., д. 6