

# 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)  
А.Н. Козырин (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)  
Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)  
Г.И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)  
В.Д. Перевалов (Уральский государственный юридический университет, Российская Федерация)  
В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)  
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)  
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

## Главный редактор

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

## Адрес редакции

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

## Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2020

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

# 1/2020



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

### Правовая мысль: история и современность

**Ю.А. Тихомиров, Э.В. Талапина**

Право как эффективный фактор экономического развития 4

**М.В. Залоило**

Фрагментация как современная тенденция развития правового пространства 27

**Д.А. Савельев**

Исследование сложности предложений, составляющих тексты правовых актов органов власти Российской Федерации 50

### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

**Д.Г. Бачурин**

Типология моделей правового регулирования налогообложения добавленной стоимости 75

**М.Н. Малеина**

Правовой статус биобанка (банка биологических материалов человека) 98

**Ю.В. Трунцевский, В.В. Севальнев**

Смарт-контракт: от определения к определенности 118

**Ф.Ф. Мамедова**

Справедливость в уголовном праве: современное состояние вопроса 148

**С.А. Ядрихинский**

О соотношении законного интереса и субъективного права налогоплательщика: структурные особенности 169

**Ю.В. Грачева, С.В. Маликов, А.И. Чучаев**

Предупреждение девиаций в цифровом мире уголовно-правовыми средствами 188

**А.М. Разогреева**

Правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации по вопросу квалификации преступлений с «негодным» субъектом: опыт дискурс-анализа 211

**О.Н. Шерстобоев**

Иммиграционное задержание: международно-правовая основа и национальное регулирование (сравнительно-правовое исследование) 230

# 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)  
A.N. Kozyrin (HSE, Russian Federation)  
T.G. Morschakova (HSE, Russian Federation)  
G.I. Muromtsev (Russian University of Peoples' Friendship, Russian Federation)  
V.D. Perevalov (Ural State Law University, Russian Federation)  
V.A. Sivitsky (Constitutional Court of Russian Federation)  
Yu.A. Tikhomirov (HSE, Russian Federation)  
N.Yu. Yerpilyova (HSE, Russian Federation)

#### Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya  
(HSE, Russian Federation)

#### Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitskiy Per.,  
Moscow 109028, Russia

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

#### Legal Thought: History and Modernity

**Yu.A. Tihomirov, E.V. Talapina**

Law as an Effective Factor in Economic Development 4

**M.V. Zaloilo**

Fragmentation as a Modern Trend of Legal Space Development 27

**D.A. Saveliev**

A Study in Complexity of Sentences Constituting Russian Federation Legal Acts 50

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

**D.G. Bachurin**

Typology of Models of Legal Regulating Taxation of Added Value 75

**M.N. Maleina**

Legal Status of the Biobank (Bank of Biological Human Material) 98

**Y.V. Truntsevsky, V.V. Sevalnev**

Smart Contract: from Identification to Certainty 118

**F.F. Mamedova**

Justice in Criminal Law: Current Status of the Issue 148

**S.A. Yadrikhinskiy**

About Ratio of Legitimate Interest and Subjective Rights of a Taxpayer: Structural Features 169

**Y.V. Gracheva, S.V. Malikov, A.I. Chuchayev**

Preventing Deviations in the Digital World by Criminal Law Means 188

**A.M. Razogreeva**

Legal Positions of the Supreme Court of Russian Federation on the Crime Qualification with a "Irrelevant" Subject: a Discourse Analysis 211

**O.N. Sherstoboev**

Immigration Detention: International Law Framework and National Regulation (a Comparative Study) 230

---

# 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 как эффективный фактор экономического развития

---

 **Ю.А. Тихомиров**

Профессор, Российский экономический университет им. Г.В. Плеханова, доктор юридических наук. Адрес: 117997, Российская Федерация, Москва, Стремянный пер., 36. E-mail: tihomirovy@mail.ru

 **Э.В. Талапина**

Главный научный сотрудник лаборатории правоприменительной практики в экономике, Российский экономический университет им. Г.В. Плеханова, доктор юридических наук. Адрес: 117997, Российская Федерация, Москва, Стремянный пер., 36. E-mail: talapina@mail.ru

---

 **Аннотация**

Целью исследования является выявление роли и возможностей права в обеспечении экономического развития. В контексте реализации национальных проектов предстоит преодолеть разрыв между правовыми целями и результатами и обеспечить эффективное правовое администрирование. Тем самым следует усилить прогнозно-аналитическую деятельность и преодоление рисков, обозначить четкие основания для принятия и реализации правовых актов в сфере экономики. Внедрение юридического прогнозирования и диагностики рисков позволяет реализовать возможности достоверного планирования правового развития экономической сферы. На успешную экономическую деятельность влияет согласованное использование частноправовых и публично-правовых регуляторов в деятельности бизнеса, с одной стороны, и динамичное управленческое регулирование за счет новых информационных технологий, с другой. Тем самым достигается корреляция между правовым регулированием и экономической деятельностью, которая способствует экономическому развитию и высоким конечным результатам. В статье отмечается, что преувеличение роли рыночных механизмов привело к недооценке значения государственного управления. Сформулированы рекомендации относительно реорганизации системы государственного управления в сфере экономики. Предлагается, в частности, принять федеральные законы об органах исполнительной власти, о нормативных правовых актах. Подчеркивается, что отраслевая структура законодательства не позволяет реагировать на нарастающую комплексность отношений, что становится наглядным на примере цифровой экономики. Активное внедрение цифровых технологий приводит к смешению публично-правовых и частноправовых регуляторов. Широкое понимание цифровой экономики включает и реформу государственного управления с целью повышения его результативности. Несмотря на то, что право по самой его природе довольно консервативно, оно начинает адаптироваться к цифровым трансформациям, предполагая большую долю технико-юридических норм, саморегулирования. В итоге создается больше возможностей для включения социальных норм в механизм правового регулирования.

---



## Ключевые слова

правовое регулирование, экономическое управление, риск, цифровизация, цифровая экономика, бизнес, публичные органы.

---

**Для цитирования:** Тихомиров Ю.А., Талапина Э.В. Право как эффективный фактор экономического развития // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 4–26.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.4.26

## Введение

В современном мире происходят значительные общественные изменения, в том числе связанные с экономическими процессами, которые затрагивают как отдельные страны, так и все мировое сообщество. Вызовы глобализации породили ответные реакции государств, включая тенденцию к суверенизации в области техники и информационных технологий, торговли и транспорта. Право играет важную роль стабилизатора и гаранта экономических отношений, защиты прав субъектов экономической деятельности и интересов граждан. С учетом данного аспекта в статье разрабатываются проблемы поиска разных способов и средств правового регулирования, обеспечения интересов бизнеса и государства.

В наши дни общество отличается сложностью, противоречивостью, ускользящими переменами. Зарубежные ученые воспринимают общество как хаотически развивающееся, но при этом предлагают программирование и новый порядок в мире (Д. Белл). Г. Бехманн выделяет в современном обществе три признака — информационное развитие, риск и управление знаниями [Бехманн Г., 2012: 6–8]. О. Хёффе связывает будущую демократию с компетентностью и ответственностью [Хёффе О., 2015: 311].

Экономическое развитие зависит от ряда факторов, в том числе и от механизма эффективного правового регулирования. Речь идет о поиске меры обоснованного правового опосредования экономических отношений, о гибком сочетании системы целеполагания и отраслевого законодательства, о динамике соотношения частных и публичных регуляторов в деятельности предпринимательского сообщества, о совершенствовании экономического управления. Статья посвящена разработке указанных элементов правового воздействия.

В целом взаимодействие права и экономики породило самые разные научные направления — экономическое право, административно-хозяйственное право, экономический анализ права [Познер Р., 2004]; [Cooter R., Ulen T.,

2012]. При этом ключевым остается вопрос о роли государства в экономике, ведь от ответа на него зависит вся система экономического регулирования в том или ином государстве. Универсального ответа нет. Пытаясь его отыскать и анализируя роль государства в экономике будущего, В. Танци пишет, что большое значение приобретет применение иных инструментов, отличных от налогов и государственных расходов, — прежде всего, регулирования. Таким образом, роль государства вернется в некотором смысле к той, какой она была до XIX века. Однако это будет современная версия прежней роли. Государственные расходы и налоги останутся на значительно более высоком уровне, чем до XIX века, а регулирование будет направлено на то, чтобы помогать гражданам, а не обеспечивать возможности извлечения ренты привилегированными группами [Танци В., 2017: 163]. Это экономический прогноз. Какова роль права в этих процессах?

## **1. Поиск меры регулирования и управление рисками**

Как показывает время, экономическая сфера является в обществе важнейшей и требует использования различных способов воздействия. Среди них — механизм правового регулирования, означающий формирование высокого правового сознания участников экономической деятельности, их статусов и режимов взаимодействия, а также использование средств стимулирования и ответственности. Следует подчеркнуть, что традиционное представление о праве как о «жестком фиксаторе» событий и действий не отражает духа времени<sup>1</sup>. Право призвано активно содействовать учреждению новых субъектов, экономико-правовых состояний и режимов, укреплению правопорядка в экономических отношениях. При этом всегда трудно определить момент и объект регулирования. На это обращают внимание и экономисты, и юристы [Кэдвелл Ч., Полищук Л., 2003: 31–34].

К сожалению, сегодняшняя ситуация в экономике вряд ли заслуживает позитивной оценки, а многочисленные нарушения законности, ограничения для бизнеса и коррупция отражают отрицательный вектор действия права. Правовое регулирование мало способствует устойчивому экономическому развитию, а претензия экономической науки и практики на абсолютное экономическое регулирование часто выражается в противопоставлении «целесообразности» и «законности», при этом регулирование связывается только с судебной защитой прав и интересов. Но судебная защита — это лишь один

---

<sup>1</sup> Напомним распространенное противопоставление закона и рынка, характерное для литературы 1960–1970-х годов и утвердившееся в России в 1990-х годах: «В то время как рынок позволяет индивидам делать свободный выбор, единственным условием которого является их готовность за него платить, законодательство такого не позволяет» [Леони Б., 2008: 280].

из аспектов правового воздействия. Подкрепим это суждение фразой, датированной 1960-ми годами: «Судебное разбирательство — неэффективный инструмент управления экономикой и участия государства в размещении экономических ресурсов» [Фуллер Л., 2016: 210]. Экономистам и юристам пора действовать согласованно, обеспечивая эффективное правовое регулирование экономических процессов. Эти процессы разнообразны и противоречивы, и их векторы должны быть в фокусе источников правового воздействия. Здесь предстоит решить ряд крупных проблем.

Начнем с целеполагания и выбора оптимальных решений. За последние годы в стране принято немало значительных программных документов, отражающих современные этапы и тенденции развития. Среди последних отметим Указ Президента Российской Федерации от 7.05.2018 № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года»<sup>2</sup>, Постановление Правительства от 31.10.2018 №1288 «Об организации проектной деятельности в Правительстве Российской Федерации»<sup>3</sup>. Добавим к ним стратегии развития для различных сфер и отраслей, концепции и стратегии социально-экономического развития субъектов федерации, федеральные и иные целевые программы. Казалось бы, такие выраженные стратегические цели создают условия для устойчивой и динамичной деятельности. Но, увы, это не так.

Во-первых, упомянутые и иные программные документы не вполне согласованы между собой, чем создаются трудности их согласованной реализации. Цели и задачи пересекаются, приводят к повторным и ошибочным действиям. Не зря Минэкономразвития приходится довольно часто корректировать прогнозы социально-экономического развития страны. На региональном уровне также отмечается несоблюдение принципа сбалансированности системы стратегического планирования, который означает согласованность и сбалансированность документов стратегического планирования по приоритетам, целям, задачам, мероприятиям, показателям, финансовым и иным ресурсам и срокам реализации [Климанов В., Будаева К., Чернышова Н., 2017: 124].

Во-вторых, пока неглубоко проработаны прогнозные решения, предусмотренные Федеральным законом от 28.06.2014 № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»<sup>4</sup>. К тому же прогнозные цифры выводятся преимущественно из факторов экономического развития, динамики экономических показателей, зависящих от изменения мировых цен на нефть и т.п. При этом недостаточно присутствуют показатели раз-

---

<sup>2</sup> Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 07.05.2018)

<sup>3</sup> Там же (дата обращения: 01.11.2018)

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2014. № 26 (часть I). Ст. 3378.

вития здравоохранения, образования и их влияние на уровень жизни. Явно не хватает юридического прогнозирования возможных изменений законодательства, что позволило бы обеспечить ритмичные циклы правового развития, обозначить векторы и тенденции правового регулирования.

В-третьих, слабо развивается гибкое правовое обеспечение национальных программ и проектов; требуется четко определить статус «головных структур», их компетенции, в том числе полномочия на период действия программы, участников деятельности, основания и виды ответственности.

Гибкость правового регулирования позволяет адаптировать правовые регуляторы к решению разных социальных задач. Актуальные национальные проекты (их 13) условно разделены на три группы — «человеческий капитал», «комфортная среда жизни», «экономический рост». Внутри каждой группы — виды программ, каждая из которых служит основой для федеральных проектов (их 75). Встают вопросы — как соотнести с ними отраслевое законодательство? Нужно ли выделять «базовые» законы для основных целей, как совместить различные отрасли законодательства, как «головной» орган в рамках проектов будет применять правовые нормы разных отраслей?

Полезно напомнить об опыте, накопленном нашей страной в годы Великой Отечественной войны (когда приходилось эвакуировать и создавать новые производства), в годы освоения космоса и строительства БАМа, в период создания системы государственных прогнозов и общегосударственной автоматизированной системы управления народным хозяйством в 1970-х годах. Некоторые научные наработки того периода могут оказаться полезными.

Еще один аспект проблемы — право в контексте международных отношений. Напомним, что действует национальный проект «Международная кооперация и экспорт» с пятью федеральными программами более конкретного содержания. Дело в том, что правовое регулирование экономических отношений не ограничивается государственными границами, поскольку взаимодействие национального и международного права становится одной из доминант развития. Применительно к экономике это особенно очевидно ввиду расширения научно-технического, экономического и социального сотрудничества бизнес-структур и государств в условиях глобализации. В связи с этим даже верховенство права считается не только внутренней характеристикой правовой системы, но и категорией транснационального характера [Taylor V., 2017: 404]. Наряду с этим вектор суверенизации регулятивных механизмов остается по-прежнему сильным, и не зря степень «международно-правовой связанности» по-разному отражается в конституциях государств Европы, Азии, Латинской Америки. Деглобализация становится фактором внутренней политики значительного круга стран [Гилман М., 2018: 12].

О чем идет речь? Во-первых, о необходимости учитывать разнообразие правовых актов и, соответственно, регуляторов на национальном и между-



народном уровнях. Во-вторых, сложным является вопрос об объектах и пределах влияния международных договоров и соглашений, модельных актов, рекомендаций в отношении разных сторон национальной экономики. Таковы, например, рекомендация МОТ № 204 (2015) о переходе от неформальной к формальной экономике, Конвенция о правовом статусе Каспийского моря (2018). В-третьих, важным является механизм «реагирования» национально-экономических регуляторов на международные регуляторы. В-четвертых, спорным остается вопрос о приоритетах регуляторов в различных сферах, что приводит к коллизиям. В-пятых, приходится учитывать негативное влияние на российскую экономику санкций США и других стран.

Все это придает актуальность проблеме выявления и устранения правовых рисков, поскольку правотворческая и правоприменительная деятельность неизбежно сопровождаются отклонением от намеченных целей, ошибками, изменениями и поправками, вносимыми в правовые акты. Изучение, выявление и предотвращение рисков — важная практическая и теоретическая задача, которую надо решать в правовой сфере. Использование понятий «правовое пространство» и «правовые границы» позволяет лучше формулировать прогнозы, программы и концепции, стратегии, разрабатывать законы и подзаконные акты, издавать оперативные распоряжения. Но действительность вносит поправки и изменения. Возникают сбои, наносящие ущерб, порождающие опасности и неожиданные последствия. Появляется феномен риска как вероятного непропорционального отклонения от правовых решений и актов, влекущего негативные последствия. Поэтому риски важно предвидеть и предотвращать.

В контексте управления социально-экономическим развитием используются прогнозы и «антирисковые» меры. Так, в Основных направлениях деятельности Правительства Российской Федерации (последние из них утверждены Правительством 29.09.2018 г. на период до 2024 г.) особое внимание уделяется оценкам внешних и внутренних вызовов как рисков, имеющих высокий уровень опасности для устойчивого развития страны.

Таким образом, риск — это вероятное наступление события и совершения действий, влекущее негативные последствия для реализации правового решения и могущее причинить ущерб регулируемой им сфере, это вероятное, предполагаемое отклонение от нормативной модели, от принципов права, от правовой системы. Для правового риска характерны причинная зависимость между нормативной моделью и реальностью в виде каналов прямых и обратных связей, такое отклонение от норм права опасно.

Сегодня риск приобрел значение весомого регулятора нашей общественной жизни. Опасно относиться к нормативному регулированию как к абсолютному идеалу — ощутимых отклонений от курса, отчуждения людей от правовых регуляторов не избежать. Корни ситуации с рисками заложены

в динамике самого общества. В научном плане возможно сформулировать несколько предложений: риск в правовом пространстве отражает разновидность правового регулирования и возможные отклонения от правовых моделей и актов; анализ и предотвращение рисков должны быть важной задачей теории права, теории государства и всех отраслевых наук; особого внимания заслуживают риски в зоне соотношения национального и международного права; целесообразно разработать и ввести методiku прогнозирования и преодоления рисков в процессе правотворчества и правоприменения, в рамках нормативно-правовых комплексов и национальных проектов; тематику рисков необходимо включать в образовательные программы юридических научных и учебных учреждений и курсов повышения квалификации работников государственных и муниципальных органов, бизнес-структур, а также институтов гражданского общества.

## **2. Научное познание и право: отстающее или опережающее?**

Окружающий мир — необозримое множество взаимосвязанных явлений и процессов: естественных, технических, социальных. Их сложное и динамичное воздействие на общество и институты, на личность и человеческие сообщества подчас трудно обнаружить и предотвратить. Познание мира требует использования разных способов. Наука служит самым эффективным средством познания и определения путей развития, преобразования людей и форм их существования, ее цели и задачи служат важным предметом регулирования и для права.

Законы природы и социальной жизни, которые находятся в поле зрения науки, одновременно являются ее загадками, способствовать решению которых призвано и право. Каким образом? Для ответа на этот вопрос необходимо понимать право не как пассивное средство фиксации существующих событий, а как механизм активного и опережающего преобразования и формирования новых естественных, технических и социальных условий и структур.

Казалось бы, Федеральный закон от 23.08.1996 № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»<sup>5</sup> полностью обеспечивает решение этих задач. Но это не так, поскольку все отрасли права, как и право в целом, призваны действовать в этом направлении. Тогда можно вести речь о таких способах правового регулирования в сфере науки, как правильное определение и установление статусов всех участников этой деятельности, основных параметров (условий) научно-практической деятельности, спосо-

---

<sup>5</sup> СЗ РФ.1996. № 35. Ст. 4137.

бов признания, поддержки и стимулирования научного творчества, наконец, международного сотрудничества в данной сфере. Пресечение злоупотреблений и их недопущение также находятся в фокусе права.

Как относиться к рискам и реагировать на ошибки? Право должно ориентироваться на объективную оценку вариантов решений и действий и «отвечать» за свои ошибки и за научные ошибки. В последнем случае — скорее, косвенным образом.

Соотношение реальности, науки и права можно правильно понять только с помощью институтов научного познания — прогнозирования, моделирования и анализа рисков. Общие прогнозы социально-экономического развития [Кузык Б.Н. и др., 2008: 22–24] необходимо сочетать с юридическим прогнозированием, формируя и используя мощную информационную базу.

Рассмотрим более подробно влияние права на развитие науки и техники, и на развитие гуманитарных исследований, в частности. Право выявляет себя в различных сферах одновременно стабильно и гибко, сохраняя потенциал общества и побуждая к устойчивому социально-экономическому развитию на основе инноваций.

В производственной сфере многое зависит от соблюдения и обновления нормативно-технической документации и стандартов. Традиционно изобретательство поддерживалось в нашей стране, но теперь ситуация стала неудовлетворительной. Лавирование между погоней за прибылью и экологическими стандартами должна стимулировать научные новации, но новые технологии создаются и внедряются очень медленно. Шаг вперед был сделан в соответствии с Федеральным законом от 27.12.2002 № 184-ФЗ «О техническом регулировании»<sup>6</sup>, но технические регламенты не всегда побуждают к новым техническим решениям, хотя потребность в них велика, и от технических наук здесь зависит очень многое.

Важное место в системе российского законодательства занимает массив правовых актов в социальной сфере. Речь идет о правовом регулировании условий и средств обеспечения прав человека и гражданина, о здоровом и комфортном образе жизни. Каковы здесь вызовы практики и задачи науки, а также ответы права?

Во-первых, в сфере действия Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»<sup>7</sup> создаются и используются новейшие технологии, позволяющие успешно диагностировать, проводить операции. Границы жизни и смерти, право на эвтаназию, медицинская этика и норма права — где находится баланс этих категорий? Обеспечение доступности медицинских услуг по-прежнему остается задачей дня.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2002. № 52 (ч. 1). Ст. 5140.

<sup>7</sup> СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

Во-вторых, внедрение новейших биотехнологий ставит вопрос о границах «дозволенного» изменения человеческого существа. Это касается не только отдельных частей организма, но и в целом сущности человека и возможностей искусственного интеллекта. Несоответствие врача требованиям времени — также новая проблема в сфере медицины. Поэтому развитие медицинского права становится потребностью всех участников этих отношений.

В сфере образования и культуры, научного и художественного творчества тоже есть «белые пятна», неопределенность и загадки. Насколько авторское право способствует новым открытиям, в какой мере стабильны и подвижны объемы знаний для разных категорий субъектов — вот только некоторые вопросы из этой сферы.

Изучение человека и социальных сообществ становится в условиях технизации жизни важнейшей задачей. От экономической науки ждут анализа качества и объема трудовой деятельности, динамики сфер занятости, новых видов экономических организаций. Политология призвана раскрывать внутренние пружины политической деятельности и должна ответить на вопрос об оптимальной мере правового регулирования, о поведении в правовой сфере, о корреляции норм и явлений. Социологи и психологи должны раскрывать секреты «интересов», «методов», стимулов и санкций.

Границы науки необозримы, и в ее фокусе по-прежнему находится изучение окружающего мира и взаимного влияния человека и природы. Одним из самых острых вопросов является совмещение цивилизационного прогресса с сохранением окружающей среды. Иначе грозят природная, техногенная и иные катастрофы. К сожалению, действие экологического законодательства и экологических стандартов не стало доминантой для любого вида деятельности. Но к этому нужно побуждать и принуждать. Можно спасти климат правовыми методами, нужно искать ответы на технико-экологические взаимодействия. Экономисты предлагают финансово-экономические и организационно-правовые инструменты, которые обеспечат формирование стимулов для перехода экономических субъектов сферы материального и нематериального производства к экологически ответственному функционированию и развитию [Дудин М., Календжян С., Лясников Н., 2017: 97].

Космос давно открылся человечеству. Изучение космического пространства и планет, предотвращение встреч с астероидами и крупными метеоритами становятся заботой сегодняшнего дня. Принятый ООН Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела от 19.12.1966, другие акты и договоренности побуждают развивать космическое право. Словом, все «экосферы» — земля, вода, воздух, космос — должны быть доступны ученому, юристу и любому жителю Земли, поскольку сегодня актуален вопрос об ответственности за сохранение и обеспечение жизни человечества.

Развитие науки, с одной стороны, и совершенствование государственного управления на научной основе, с другой, предполагают использование комплекса инструментов познания социальных, экономических и других пространств. Эти инструменты должны быть «встроены» в механизм принятия и реализации управленческих решений и в механизм правового администрирования, поскольку в противном случае эти феномены окажутся вне связи друг с другом.

Для практического устранения таких разрывов необходимо разработать научные прогнозы развития страны, а в их рамках — и юридические прогнозы. Хороший опыт был накоплен в нашей стране в 1970-х годах при разработке долгосрочного прогноза ее экономического развития. Кризисные явления помешали довести дело до конца. Шагом вперед стали разработки академических центров в 1990-х годах: коллектив ученых во главе с академиком Л.И. Абалкиным опубликовал в 1999 г. книгу «Россия — 2015: оптимистический прогноз»<sup>8</sup>, а группа академика Д.С. Львова разработала прогнозный доклад «Путь в XXI век»<sup>9</sup>. В этих работах — комплексный подход к прогнозированию, в котором содержится оценка динамики внешней среды.

В разработанной концепции юридического прогнозирования и диагностики рисков содержатся возможности для планирования правового развития с большей достоверностью, включая:

- а) прогноз построения нового общественного состояния;
- б) проведение систематической научно-технической экспертизы крупных экономических и иных проектов, законопроектов, что способствует повышению их качества;
- в) проведение социально-экономических экспериментов, что позволяет предвидеть обоснованность новых решений. Но, к сожалению, эксперименты не проводятся, и долг ученых — создать научно-методическую базу для них;
- г) проведение публичных слушаний, научно-практических конференций;
- д) организация систематической работы научно-консультативных и экспертных советов.

В целом эти и другие инструменты познания могут дать эффект при включении их в механизм управления.

Выявляя роль науки и новейших информационных технологий в обеспечении устойчивого развития страны, отметим особое значение тех факторов экономики, от которых реально зависит движение вперед. Речь идет о производственных отраслях — промышленности, сельском хозяйстве,

---

<sup>8</sup> См.: [Абалкин Л.И. (ред.) Россия — 2015: оптимистический сценарий. М.: ММВБ, 1999. 416 с].

<sup>9</sup> См.: [Львов Д.С. (ред.) Путь в XXI век (стратегические проблемы и перспективы российской экономики). М.: Экономика, 1999. 793 с].

строительстве, транспорте. И здесь правовое регулирование занимает важное место в механизме регулирования и управления в данной области. Так, Федеральный закон от 31.12.2014 № 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации»<sup>10</sup> создает юридическую базу поддержки и стимулирования промышленной деятельности, открытия новых производств. Фонд развития промышленности открыт для деловых предложений.

Тем не менее этот сектор экономики явно отстает, и в основном из-за односторонних юридических решений. Между тем системное применение норм права интеллектуальной собственности и практики искусственного интеллекта побуждает к изобретениям и открытиям. Законодательство о занятости отстает ввиду разрыва между потоками обучающихся и работающих в соответствующей отрасли по специальности. Выход из тени samozанятых граждан пока не принес результатов.

Сходная практика и в других отраслях, где профилирующий закон не служит «паровозом» для «юридических вагонов», а пассивность и ошибки в применении норм создают ложный эффект аграрной, строительной и иной деятельности. Словом, плотность и жесткость регулирования должны сочетаться с саморегулированием бизнеса и других организаций.

### **3. Бизнес в фокусе частноправового и публично-правового регулирования экономической деятельности**

Многочисленные субъекты экономической деятельности вступают в договорные и административные отношения, используя разные экономические и правовые характеристики. Так они получают правовой статус и играют затем разные социально-правовые роли представителей государственного, муниципального и частного секторов экономики. Причем в общей схеме деятельности есть много общего (соблюдение законодательства, уставов и положений), но наблюдается неодинаковая степень самостоятельности в принятии решений, выполнении планов и программ, а также использовании собственности и трудовых ресурсов.

Здесь приходится сталкиваться с устойчивым противостоянием целесообразности и законности, когда недооценивается публичный смысл законов и, напротив, переоцениваются усмотрение и интересы бизнеса. Между тем законность как мера действия закона отражает государственные интересы и общие запросы предпринимателей, производителей экономических благ. Конечно, нередко закон не охватывает всех аспектов воздействия, а его экономическая нецелесообразность требует корректировки правовых актов.

---

<sup>10</sup> Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 31.12.2014)

Заметим и другое — к делам бизнеса имеет отношение не только Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК), который в нашей стране регулирует и коммерческие отношения, но и другие законы. Речь идет о трудовом, налоговом, административном, экологическом законодательстве и других нормативных правовых актах. Полнота правовой информации и системное применение разных правовых регуляторов характеризуют умелость и успешность бизнес-систем.

Добавим сюда и ведомственные акты, судьба которых кажется трагической после многочисленных слов о «регуляторной гильотине». Действительно, ведомственное нормотворчество протекает иногда автономно целям актов, решений и действий, отражает собственные подходы к свободе экономической деятельности. Это недопустимо. Но нельзя забывать о пользе общетематических актов технологического характера, о порядке и условиях осуществления деятельности в области промышленности, строительства, связи и информации, транспорта и т.д. Здесь следует действовать осторожно с учетом того, что немало функциональных регуляторов имеет как национально-правовой, так и международно-правовой источник. В интересах национальной безопасности и народа нельзя разрывать «технологическое единообразие».

В свете сказанного уместно кратко коснуться статуса хозяйствующих субъектов Российской Федерации на примере Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»<sup>11</sup>. Выделим, во-первых, статью о правах хозяйствующих субъектов, во-вторых, статью о компетенции публичных органов, в-третьих, статью о мерах государственной поддержки, стимулирования и защиты.

Казалось бы, правовая модель регулирования торговли построена правильно. Но практика свидетельствует об ином — когда монополизм торговых сетей процветает, права покупателей не защищаются должным образом, в торговле не соблюдаются правила и процветает коррупция, ассоциации товаропроизводителей и потребителей резко критикуют звено торговой сети. Причем не всегда идет речь о коррупции — случай ФАС показывает, что рентоориентированное поведение может руководствоваться другими мотивами — расширением ведомственных полномочий, повышением статуса ведомства в бюрократической иерархии. Политическое влияние способно оказываться не менее действенным стимулом, чем коррупционные возможности (особенно для чиновников более высокого ранга) [Радаев В.В., 2018: 56].

Это типичные проблемы хозяйствующих субъектов, к которым добавляются бюрократизм и волокита. Как видим, бизнес все время входит в контакт

<sup>11</sup> СЗ РФ. 2010. № 1. Ст. 2.

ты с публичными органами, поскольку правовое экономическое пространство «одухотворяется» действиями различных экономических субъектов и властных структур. Если первые руководствуются частными интересами, то вторые призваны отражать публичные интересы, т.е. общие потребности и запросы сообщества людей и организаций. Тут отчетливо проявляют себя два вектора взаимоотношений субъектов прав.

Первый вектор выражает стремление налаживать взаимодействие в организационных формах. Этому отвечает правотворчество предпринимательского сообщества на всех уровнях публичной власти путем участия в общественных, экспертно-консультативных и иных советах. В свою очередь, представители государства входят в состав попечительских и наблюдательных советов бизнес-структур. Эффект взаимодействия может быть обоюдно полезен.

Второй вектор имеет более сложный характер — это правовые формы взаимоотношений власти с бизнес-структурами, когда их партнерство получает четкое правовое регулирование. Но и тут сочетаются процессы перехода и смены мест публично-правовых и частноправовых регуляторов, изменения соотношения публичного и частного секторов [Радыгин А.Д., Энтов Р.М. и др., 2019: 61–62].

Прежде всего речь идет об устойчивой тенденции развития частноправовых регуляторов экономических отношений на основе ГК и других федеральных законов. Приватизация, аренда и иные инструменты частного права открыли бизнесу путь. Аутсорсинг также служит примером поспешного «сброса» публичных функций при отсутствии контроля публичных органов над качеством их реализации; не хватает четкого регулирования ведомственной компетенции публичных органов и подконтрольности их действий.

Хороший опыт накоплен в использовании механизма государственного (муниципального) и частного партнерства, где соответствующий федеральный закон и акты субъектов федерации содействуют принимаемым решениям и действиям. Полезно использовать потенциал Федерального закона от 03.07.2016 № 236-ФЗ «О публично-правовых компаниях в Российской Федерации и о внесении изменения в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>12</sup>. Эти некоммерческие организации призваны выполнять функции и полномочия публично-правового характера в интересах государства и общества.

Но социально-экономическая динамика порождает и другие ситуации, когда роль государства как эффективного менеджера возрастает. Это особенно ощутимо в кризисных ситуациях, вплоть до использования статей 235 и 306 ГК о национализации и возмещении собственнику стоимости имущества и убытков.

---

<sup>12</sup> Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 03.07.2016)



В более широком контексте следует вести речь о необходимости правильно использовать в правовом экономическом пространстве публичные и частные регуляторы. Произвольная трактовка и изменение сфер и объема их использования приводят к плохим результатам. Критерии, основания, процедуры регулирования — повестка дня экономистов, юристов и политиков. Тогда правовое регулирование будет эффективно содействовать многообразию сфер экономической деятельности и правильному соотношению различных интересов.

#### **4. Динамичное экономическое управление — в повестке дня**

Выделим главное противоречие: несоответствие между целями и результатами управления. Исчезает механизм их реализации, т.е. эффективное правовое администрирование.

Реализация целей и правильное использование интеллектуальных, материальных, трудовых, природных, технических ресурсов во многом зависит от высокого уровня управления. Поэтому оправдана попытка подготовить проект Федерального закона об основах государственного управления. Все же остается ряд актуальных задач, среди которых — упорядочение системы управления страной. Пока не обеспечено должной корреляции между правовыми актами и мерой экономического регулирования, а именно: экономические меры должны адекватно отражаться в правовых актах.

Необходимо продолжить работу по совершенствованию системы органов исполнительной власти на федеральном и региональном уровнях в соответствии с национальными, стратегическими и тактическими целями. Нужны четкие правовые статусы всех видов государственных органов и особенно правовые режимы их взаимоотношений по вертикали и горизонтали. Пока в положениях о федеральных министерствах, агентствах и службах типология их отношений не урегулирована, что порождает множество несистематизированных согласований решений и действий власти.

Почти 50 лет назад в стране создали стратегию автоматизации и управления народного хозяйства. Концепцию отработали, причем не по ведомствам, а по блокам, тематическим и секторальным. Но внутренние противоречия, упадок экономики, социальное раздражение все сломали. Один из авторов стал свидетелем, как советский академик В.М. Глушков сказал: «Зачем ставить новый реактивный мотор на старую телегу — госаппарат?». Эти слова применимы и к сегодняшним условиям, ведь госаппарат по-прежнему несовершенен, хаотичен.

Необходимо упорядочить систему исполнительных органов на федеральном уровне и на уровне субъектов федерации, а также их статус. Это важная

конституционная задача, для решения которой необходим федеральный закон об органах исполнительной власти. Поразительно, что между министерствами продолжает существовать неразделенность компетенции. Когда начиналась административная реформа, НИУ «Высшая школа экономики» и ИЗиСП при Правительстве подсчитали, что у федеральных органов исполнительной власти 6,5 тыс. функций, что было признано избыточным. Сейчас Высшая школа экономики и Минфин утверждают, что этих функций стало 10,2 тыс. ...

В рамках незавершенной административной реформы мы запутались с такими понятиями, как компетенция, функция, права, обязанности, полномочия. И теперь вопрос — что нужно подвергать цифровизации? Госаппарат должен резко увеличить свои прогнозно-аналитические функции, которых пока нет. Нужно принимать в расчет не только ресурсы, но и социальные факторы, их связь, динамичность компетенции.

Нужно возрождать теорию решений. В свое время ее разработал нобелевский лауреат Герберт Саймон, но она не утратила актуальности. Если принимать решения бессистемно, это будет нарушать уровень компетентности принятия решений. Поэтому компетентность — критерий наиважнейший. Значительный шаг в данном направлении может быть сделан посредством принятия федерального закона о нормативных правовых актах, проект которого разработан<sup>13</sup>.

Современный госаппарат работает по процедурам — административным регламентам, типовым регламентам взаимодействия. Регламенты взаимодействия органов нуждаются в пересмотре. Но делать это следует неторопливо, с продумыванием деталей, в открытом и гласном режиме.

Проблема кадров также актуальна, особенно в свете цифровизации. Как в процессе цифровизации будут меняться категории государственных служащих, пока неизвестно, но уже существуют прогнозы. Поэтому вузы должны перестраивать системы образования и подготовки, это первейший вопрос.

Проблема законодательства требует системного решения. С 1938 по 1988 годы страна приняла около 100 законов, а сейчас количество федеральных законов перевалило за 6 тыс. Субъекты федерации также принимают законы (каждый примерно по 600–700 законов). При этом едва ли учитывается, что само право меняется, возникают новые правовые конструкции. Система законодательства построена по чисто отраслевому признаку: трудовое, гражданское, уголовное, они не пересекаются друг с другом, в то время как в реальности нарастает комплексность. Эта отраслевая конструкция утвердилась на Первом Всесоюзном совещании по советскому праву в 1938 году; прошло более 80 лет, но мы по-прежнему не представляем четко, какая система за-

---

<sup>13</sup> Подробнее см.: [О нормативных правовых актах в Российской Федерации (инициативный проект федерального закона). М., 2019. 88 с.].

конодательства и права должна быть сегодня и на ближайшие годы. Да и для изменения закона необходимы экономические и социальные предпосылки.

Наконец, наука должна быть впереди. У нас быстро решаются практические вопросы, а наука потом догоняет. Оформление экономических и политических решений в виде закона не свидетельствует о высоком уровне юридической науки. Выше упоминались юридическое прогнозирование, диагностика рисков. Нужна другая концепция развития законодательства, рассчитанная не на текущее обслуживание поправок к законам. Право должно идти с опережением, а для этого необходимо преодолеть устарелые взгляды — «право мешает», «право ставит ограничения». Нужно продумать такие решения в сфере права, которые позволят ему не находиться где-то позади.

## **5. Цифровая экономика и меняющийся облик права**

Новые информационные технологии меняют контуры государственного управления, становятся основой формирования экономики платформ, которую характеризуют следующие черты: увеличение, причем без дополнительных на то затрат, количества субъектов, производящих информацию, товары или услуги, и их потребителей; максимальная индивидуализация услуг для пользователя; создание среды доверия, которая способствует увеличению обмена между участниками платформы; уменьшение стоимости услуг и транзакционных расходов<sup>14</sup>. Благодаря Интернету развивается экономика совместного потребления (по принципу того, что делиться и обмениваться товарами и услугами намного дешевле, чем покупать и владеть), параллельно с обычным рынком.

Во всем мире государства пытаются создать цифровую экономику, предлагая бизнесу преимущества и онлайн-режим деятельности. Пройдя через разные стадии формирования информационного общества, Россия приняла 28.07.2017 программу «Цифровая экономика Российской Федерации», которую теперь заменила одноименная национальная программа<sup>15</sup>. Мероприятия программы направлены на реализацию таких ключевых направлений, как формирование новой регуляторной среды отношений граждан, бизнеса и государства, создание современной инфраструктуры хранения, обработки и передачи данных, обеспечение устойчивости ее функционирования, формирование системы подготовки кадров для цифровой экономики, поддержка перспективных «сквозных» цифровых технологий, повышение эффек-

---

<sup>14</sup> Conseil d'État. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'uberisation. Étude annuelle 2017. Paris: La documentation Française, 2017. P. 36-39

<sup>15</sup> Утверждена президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам 04.06.2019. Available at: URL: <https://digital.ac.gov.ru> (дата обращения: 07.08.2019)

тивности государственного управления и оказания государственных услуг посредством внедрения цифровых технологий и платформенных решений.

Важным направлением реализации мер цифровой экономики является нормативное регулирование, т.е. создание правовых условий для функционирования цифровой экономики, для чего планируется масштабное изменение законодательства. Безусловно, комплексное правовое регулирование отношений, возникающих в связи с развитием цифровой экономики, повлияет на виды и объекты правоотношений, юридические факты, обуславливающие их возникновение, права и обязанности участников цифровой экономики. Экономические цели помогают и в обеспечении прав человека, что само по себе вряд ли привлекло бы внимание. Так, доступ в Интернет как фундаментальное право человека имеет все шансы реализоваться в нашей стране, поскольку доля домохозяйств, использующих широкополосный доступ в Интернет, среди общего числа домохозяйств на территории России должна составлять не менее 89% к концу 2021 года и не менее 97% к концу 2024 года (в целях цифровизации экономики).

Отметим терминологическую устойчивость выражения «цифровая экономика», хотя имеется мнение, что основой цифровой экономики является только ИТ-сектор. Поскольку границы цифровой экономики им не ограничиваются и охватывают некоторые возникающие цифровые бизнес-модели, предлагается более широкое понятие «цифровизированной» экономики, если рассматривать процесс расширения сферы применения цифровых технологий в экономике отдельно от собственно «цифровой» экономики [Бухт Р., Хикс Р., 2018: 161]. Такая точка зрения, конечно, имеет право на существование, но в мире уже распространено широкое понимание цифровой экономики. В известном смысле концепция цифровой экономики даже «поглощает» и государственное управление: это означает, что управление начинает строиться по единым с частным сектором канонам. В России реформа государственного управления является одним из направлений программы цифровой экономики.

На Гайдаровском форуме в 2019 г. обсуждался доклад «Цифровое будущее государственного управления по результатам» [Добролюбова Е.И., Южаков В.Н. и др., 2019: 104-106]. Приведенные в докладе расчеты показывают, что повышение уровня цифровизации государственного управления тесно связано с повышением его результативности, снижением коррупции, улучшением условий деятельности бизнеса.

Беспрецедентное расширение возможностей работы с самыми различными данными в режиме реального времени позволяет государственным органам по-новому планировать результаты деятельности, осуществлять мониторинг и оценку их достижения, а также участие их персонала. По мнению авторов доклада, с целью использования цифровой трансформации как драйвера и механизма внедрения государственного управления по резуль-

татам при реализации федерального проекта «Цифровое государственное управление» целесообразно реализовать меры, направленных на:

переход от ответственности ведомств за подготовку и представление отчетов о достигнутых результатах к их ответственности за размещение данных о результатах, формируемых преимущественно автоматически на единой платформе и принятию решений на основе этих данных;

расширение использования «больших данных» для целей выработки государственной политики, формирования официальной статистики, администрирования доходов, аудита результативности бюджетных расходов и реализации иных государственных функций;

расширение методов оценки результативности государственных органов: переход от бинарной оценки «выполнено — не выполнено» к использованию предиктивной аналитики, выборочных контролируемых испытаний, иных аналитических методов, основанных на технологиях искусственного интеллекта;

использование цифровизации как инструмента оптимизации бюджетных расходов: внедрение практики расчета транзакционных издержек и оценки их сокращения за счет цифровизации.

Таким образом, преимущества цифровизации можно использовать в самых разных сферах. Не может не откликнуться на них и право. Практика и наука ищут ответы на вопросы об этапах и объемах цифровизации, о замене ручных операций, об изменении структуры бумажной и иной информации, о новых понятиях, терминах и программных кодах.

Курс на роботизацию требует ответов на такие вопросы, как статус робота (собственность, принадлежность, субъект и т.д.), новая типология решений в человеко-технических системах, риски и ответственность. Повышение квалификации и периодические аттестации кадров — в повестке дня, и нужен ответ Трудового кодекса и бизнес-структур и ведомств, ответственных за научно-технические программы.

Теоретически право к новым, виртуальным объектам может относиться по-разному — не замечать их появления, действовать по аналогии или обособить их в качестве «иного имущества», применив к таким отношениям нормы о соответствующих видах договоров, деликтах и неосновательном обогащении [Терещенко Л.К., Стародубова О.Е., 2017: 161]. Адаптация права, применение уже действующих норм к новым отношениям — первое приходящее на ум классическое решение. Вероятно, в отношении виртуальных объектов не обойтись без создания новых, специальных норм. Уже приняты нормы о цифровых правах (Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>16</sup>), готовится серия актов, по-

<sup>16</sup> Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 18.03.2019)

священных цифровой идентификации, электронному паспорту, обеспечению электронного гражданского оборота и др.

Цифровая экономика мыслится как экономика данных (данных в цифровой форме). Однако используемое в действующем российском законодательстве понятие «данные» — совсем не то, что имеет в виду цифровая экономика. Для экономики данных принципиально существование данных в цифровой форме. Еще лучше, если они изначально создаются в такой форме. Если раньше выявление цели получения информации позволяло отличить публично-правовые отношения от имущественных, то теперь в технический формат создания данных может быть заложена цель (например, создание открытых данных). Это ведет к смешению публично-правовых и частноправовых регуляторов.

Цифровые технологии функционируют во многом в рамках саморегулирования, технико-юридических норм. Это отражает тенденцию к изменению права, которое обогащается новыми регуляторами, субъектами, техниками. Государственная монополия на право обогащается за счет негосударственных субъектов. Но здесь, как ни странно, юристы кажутся более готовыми принять изменения, чем экономисты, считающие правом лишь жесткое регулирование, исходящее от государства. «Другое» регулирование они относят к социальным нормам, которые приравнивают по значимости к праву [Posner E., 1996: 1731].

Обобщением такого экономического подхода служит отнесение к важным факторам, содействующим экономической деятельности, права, технологии и социальных норм. Необходимо стремиться к пониманию роли, которую играют социальные нормы, помогая упорядочить общество (или социальные группы), вместе с ролью, которую играют стимулы, создающиеся законом, а также к пониманию последствий, вызванных изменяющейся технологией, и того, как взаимодействуют части триады: закон, социальные нормы и технология — с тем, чтобы влиять на экономические результаты (в широком смысле). Это в свою очередь требует всеобъемлющего или эклектичного подхода к «праву и экономике» [Меркуро Н., Медема С., 2019: 611–613]. В настоящее время границы права расширяются и дают возможность социальным нормам занять место в механизме правового регулирования.

## **Заключение**

Анализ права как важного фактора развития экономики позволяет определять зависимость между качеством и эффективностью правового регулирования и увеличением экономического потенциала страны и экономическим ростом. Науке и практике предстоит углубить анализ динамики взаимосвязи этих явлений.

Среди регуляторов экономического развития особая роль отводится установлению целей, задач и легальных способов их решения. Обоснованный выбор меры правового регулирования на базе четких критериев позволяет избежать как правовых пробелов, так и правовой избыточности. Появляется возможность диагностировать и устранять риски на стадии правотворчества и правоприменения, хотя системно-правовой механизм еще не создан в полной мере.

Научное познание экономических и правовых процессов и их соотношение во многом определяются активной ролью права в обеспечении научно-технического развития. Признание, стимулирование и поддержка научных поисков позволяет активно внедрять информационные и иные технологии, обновлять продукцию и улучшать обслуживание. Предстоит совершенствовать механизм правового регулирования научно-технической деятельности и особенно процесс эффективного использования ее результатов. В повестке дня — введение инструментов юридического прогнозирования динамики государственно-правовых институтов в механизме воздействия на глобальные экономические и иные процессы.

Одна из проблем экономического развития заключается в произвольном выборе частноправовых и публично-правовых регуляторов. Отсюда — непрерывное исправление ошибок и недостатков. Задача состоит в том, чтобы названные методы строго отражали новейший баланс публичных, корпоративных и частных интересов и их отражение с помощью соответствующих институтов, а также сочетания норм национального и международного права в регулировании глобальных процессов.

В последние годы преувеличение роли рыночных механизмов привело к явной недооценке государственного управления. Были допущены серьезные ошибки, породившие явления хаоса и нарушений устойчивости экономических связей. Понятие экономического управления позволяет правильно сочетать реализацию национальных целей и проектов с планированием и самостоятельностью хозяйствующих субъектов. Вместе с тем предстоит улучшать механизм принятия экономических решений, процедуры взаимоотношений публичных органов с бизнес-структурами, налаживать деловое партнерство и повышать качество контрольно-надзорной деятельности. Таковы национальные и глобальные аспекты управления общественными и иными процессами.



## **Библиография**

Бехманн Г. Современное общество: общество риска, информационное общество, общество знаний. М.: Логос, 2012. 248 с.

Бухт Р., Хикс Р. Определение, концепция и измерение цифровой экономики // Вестник международных организаций. 2018. N 2. С. 143–172.

- Гилман М. Различия экономических результатов и изменение альянсов в деглобализирующемся мире // Вестник международных организаций. 2018. Т. 13. N 2. С. 7–16.
- Добролюбова Е.И., Южаков В.Н., Ефремов А.А. Цифровое будущее государственного управления по результатам. М.: Дело, 2019. 114 с.
- Дудин М., Календжян С., Лясников Н. «Зеленая экономика»: практический вектор устойчивого развития России // Экономическая политика. 2017. N 2. С. 86–99.
- Климанов В., Будаева К., Чернышова Н. Промежуточные итоги стратегического планирования в регионах России // Экономическая политика. 2017. N 5. С. 104–127.
- Кузык Б.Н. и др. Прогнозирование, стратегическое планирование и национальное программирование. М.: Экономика, 2008. 575 с.
- Кэдвелл Ч., Полищук Л. Эволюция спроса на институты в российской экономике: последствия для экономических реформ / Развитие спроса на правовое регулирование корпоративного управления в частном секторе. М.: МОНФ, 2003. С. 23–35.
- Леони Б. Свобода и закон. М.: ИРИСЭН, 2008. 308 с.
- Меркуро Н., Медема С. Экономическая теория и право: от Познера к постмодернизму и далее. М.: Институт Гайдара, 2019. 520 с.
- Познер Р. Экономический анализ права. СПб.: Экономическая школа, 2004. 544 с.
- Радаев В. К оценке регулирующего воздействия Закона о торговле: накапливаются ли эффекты // Экономическая политика. 2018. N 3. С. 28–61.
- Радыгин А.Д., Энтов Р.М. и др. Приватизация 30 лет спустя: масштабы и эффективность государственного сектора. М.: Дело, 2019. 76 с.
- Танци В. Правительство и рынки: меняющаяся экономическая роль государства // Экономическая политика. 2017. N 1. С. 134–165.
- Терещенко Л.К., Стародубова О.Е. Загадки информационного права // Журнал российского права. 2017. N 7. С. 156–161.
- Фуллер Л. Мораль права. М.: Челябинск: Социум, 2016. 308 с.
- Хёффе О. Есть ли будущее у демократии? О современной политике. М.: Дело, 2015. 328 с.
- Cooter R., Ulen T. Law and Economics. Boston: Addison-Wesley, 2012. 576 p.
- Posner E. Law, Economics, and Inefficient Norms. University of Pennsylvania Law Review, 1996, no 5, pp. 1697–1744.
- Taylor V. Regulatory rule of law / Drahos P. (ed.) Regulatory Theory: Foundations and applications. Canberra: ANU Press, 2017, pp. 393–413.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1

### Law as an Effective Factor in Economic Development



**Yury A. Tihomirov**

Professor, Plekhanov Russian University of Economics, Doctor of Juridical Sciences.  
Address: 36 Stremyanny Per., Moscow 117997, Russian Federation. E-mail: tihomirov@mail.ru





## Elvira Talapina

Chief Researcher, Plekhanov Russian University of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 36 Stremyanny Per., Moscow 117997, Russian Federation. E-mail: talapina@mail.ru



## Abstract

Aim of this research consists in identification of a role and opportunities of the Law in economic development ensuring. The carried-out analysis allows to claim that the effective mechanism of legal regulation serves as a powerful factor of economic growth. In the context of implementation of national projects it is necessary to overcome a gap between the legal purposes and results and to provide effective legal administration. Thereby it is possible to strengthen forecast and analytical activity and overcoming risks, to designate the clear bases for elaboration and implementation of legal acts in the field of economy. Implementation of legal prognostication practice and diagnostics of risks allows to implement opportunities for reliable planning of legal development in the economic sphere. Authors prove that successful economic activity is influenced by the coordinated use of private law and public law regulators in business activity, on the one hand, and dynamic administrative regulation due to new information technologies, on the other hand. Thereby that correlation between legal regulation and economic activity that contributes to the economic development and the high results is reached. At the same time, it is noted that the exaggeration of the market mechanisms role has led to a clear underestimation of public administration. Authors make specific recommendations for reorganization of the public administration system in the field of economy, suggesting to adopt federal laws on executive authorities and on the legal acts system. The structure of legislation does not allow to consider the increasing complexity of the relations that becomes visual on the example of digital economy. It leads to mixing of public law and private law regulators. Large understanding of digital economy includes also reform of public administration, for the purpose of increase in its efficiency and effectiveness. In spite of the fact that the law quite conservatively belongs to emergence of new subjects and objects, it begins to adapt to the digital transformations assuming a big part of technical and legal norms, self-regulation. As a result more and more opportunities for inclusion of social norms in the mechanism of legal regulation are created.



## Keywords

legal regulation, economic management, risk, digitalization, digital economy, business, public bodies.

**For citation:** Tihomirov Yu.A., Talapina E.V. (2020) Law as an Effective Factor of Economic Development. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 4–26 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.4.26



## References

Bekhmann G. (2012) *Modern society: society of risk, information society, society of knowledge*. Moscow: Logos, 248 p. (in Russian)

Bukht R., Heeks R. (2018) Definition, conception and digital economics. *Vestnik mezhdunarodnykh organizatsij*, no 2, pp. 143–172 (in Russian)

- Cooter R., Ulen T. (2012) *Law and Economics*. Boston: Addison-Wesley, 576 p.
- Dobrolyubova E.I., Yuzhakov V.N., Efremov A.A. (2019) Digital future of state administration. Moscow: Delo, 114 p. (in Russian)
- Dudin M., Kalendzhyan S., Lyasnikov N. (2017) Green economics : practical vector of sustainability. *Ekhonomicheskaya politika*, no 2, pp. 86–99 (in Russian)
- Fuller L. (2016) Moral of law. Moscow: Sotsium, 308 p. (in Russian)
- Gilman M. (2018) Difference in economic results and alliances in the deglobalizing world. *Vestnik mezhdunarodnyh organizatsij*, no. 2, pp. 7–16 (in Russian)
- Leoni B. (2008) Freedom and Law. Moscow: IRISEN, 308 p. (in Russian)
- Kedvell Ch., Polishchuk L. (2003) [Evolution of demand for institutes in Russian economics: consequences]. Development of demand for legal regulation of corporate government in private sector. Moscow: MONF, pp. 23–35 (in Russian)
- Klimanov V., Budaeva K., Chernyshova N. (2017) Interim results of strategic planning in Russian regions. *Ekonomicheskaya politika*, no 5, pp. 104–127
- Khyoffe O. (2015) Does democracy have the future? Moscow: Delo, 328 p. (in Russian)
- Kuzyk B.N., Kushlin V.I., Yakovets Y.V. (2008) Forecast, strategic planning and national programming. Moscow: Ekonomika, 575 p. (in Russian)
- Mercuro N., Medema S. (2019) Economic theory and law: from Posner to postmodernism and after. Moscow: Institut Gaidara, 526 p. (in Russian)
- Posner E. (1996) Law, Economics, and Inefficient Norms. *University of Pennsylvania Law Review*, no 5, pp. 1697–1744.
- Posner R. (2004) Economic analysis of law. St. Petersburg: Ekhonomicheskaya shkola, 544 p. (in Russian)
- Radaev V. V. (2018) Assessing regulating influence on the Law on Trade: accumulating effects. *Ekhonomicheskaya politika*, no 3, pp. 28–61.
- Radygin A.D., Entov R.M. et al (2019) Privatization 30 years later: efficiency of state sector. Moscow: Delo, 76 p. (in Russian)
- Tanzi V. (2017) Government and markets: changing role of the state. *Ekhonomicheskaya politika*, no 1, pp. 134–165 (in Russian)
- Taylor V. (2017) Regulatory rule of law. Drahos P. (ed.) *Regulatory Theory: Foundations and applications*. Canberra: ANU Press, pp. 393–413.
- Tereshchenko L.K., Starodubova O.E. (2017) Enigmas of information law. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 7, pp. 156–161 (in Russian)
- Zwitter A., Boisse-Despiaux M. (2018) Blockchain for humanitarian action and development aid. *Journal of International Humanitarian Action*, no 3. Available at: <https://doi.org/10.1186/s41018-018-0044-5> (accessed: 20-05-2019)

# Фрагментация как современная тенденция развития правового пространства

---



**М.В. Залоило**

Ведущий научный сотрудник, отдел теории права и междисциплинарных исследований законодательства, Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: z-lo@mail.ru

---



## **Аннотация**

Предметом исследования является фрагментация отечественного правового пространства как современная тенденция его развития, рассматриваемая в положительном и отрицательном значениях. Цель работы заключается в определении вариантов решения проблемы негативной фрагментации и прогнозировании развития правового пространства в условиях его позитивной фрагментации. Понимаемая как неполнота, отрывочность, неоднородность, раздробленность и неопределенность правового массива, несмотря на действие многочисленных нормативных правовых актов и большое число правотворческих инициатив, исходящих от различных субъектов правотворчества, фрагментация присуща национальному и международному праву, характерна не только для нормативного правового массива, но и для иных источников права, судебной практики, правовой доктрины, программно-стратегических документов и пр. В работе с использованием формально-логического, формально-юридического, системного методов, метода моделирования выявлены положительные и отрицательные черты фрагментации, предложены способы преодоления фрагментации, понимаемой в негативном смысле. Предметом правового регулирования не могут быть абсолютно все общественные отношения, некоторые из них (например, возникающие в связи с цифровизацией) на определенном этапе объективно не могут быть урегулированы правом в полном объеме. «Запрограммированная» (положительная) фрагментация закона позволяет предотвратить необоснованное расширение предмета законодательного регулирования и охват им отношений, подлежащих урегулированию подзаконными актами либо иными регуляторами (религия, мораль, саморегулирование). Среди причин фрагментации, понимаемой в негативном смысле: нестабильность законодательства, несогласованность действий разных субъектов правотворчества разных уровней, отсутствие корреляции вносимых в нормативные правовые акты изменений между собой и т.п. Способами решения проблемы являются: использование потенциала судебной практики в выявлении дефектов, неполноты нормативных правовых актов, правовой неопределенности и в правоконкретизации; совершенствование стратегического планирования правового развития государства; принятие закона о нормативных правовых актах и закрепление правил юридической техники на уровне закона; синхронизация правового регулирования, приводящая к сближению смежных отраслей и векторов развития законодательства; применение юридических технологий прогнозирования и планирования, правотворческого краудсорсинга, экспертизы, правового мониторинга

га, регуляторной гильотины; применение искусственного юридического интеллекта на разных стадиях правотворческого процесса; апробация правотворческих решений в рамках правового эксперимента.

---



### Ключевые слова

правовое пространство, фрагментация, синхронизация, конкретизация, судебное правотворчество, правотворческий краудсорсинг, правовой эксперимент, цифровизация, шестой технологический уклад, искусственный юридический интеллект.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.27.49

---

---

**Для цитирования:** Залоило М. В. Фрагментация как современная тенденция развития правового пространства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 27–49.

## Введение

Проблема фрагментации правового регулирования давно известна науке международного публичного права, где она рассматривается преимущественно в отрицательном смысле.

Фрагментация в международном публичном праве связывается с глобализацией, образованием новых международных организаций (в частности, Всемирной торговой организации (ВТО) в 1994 г.), заключением множества многосторонних и двусторонних международных договоров, образованием новых международных судов и трибуналов (Международного трибунала по бывшей Югославии (1993), других уголовных трибуналов (начиная с 1992 г.), Органа ВТО по разрешению споров, Международного уголовного суда (1998), Международного трибунала по морскому праву (1996)), преобразованием Европейского суда по правам человека в постоянно действующий судебный орган (1998), ростом активности инвестиционного арбитража. Распространение различных органов по разрешению споров породило в 1990-е годы опасения о расхождениях в интерпретации и, соответственно, применении этими специализированными судами и трибуналами норм международного права, созданных, к тому же, разными субъектами международного права в отсутствие единого централизованного законодателя [Peters A., 2017: 672–673, 675].

Зачастую международно-правовое регулирование, несмотря на широкий охват разнообразных общественных отношений, не является всеобщим. Международные договоры, служащие целям унификации правового регулирования отношений с иностранным элементом, нередко характеризуются неполнотой, компромиссным содержанием, небольшим числом государств

участников, длительными сроками разработки, принятия, вступления в силу [Бахин С.В., 2002: 129–143]. Но даже наиболее полный и детализированный международный договор не может служить гарантией отсутствия коллизий в практике его применения ввиду различных подходов к толкованию тех или иных его понятий и терминов, условий. Кроме того, имеются проблемы корреляции универсальных и региональных международных договоров, позиций разных международных судов и пр. В 2006 году был опубликован Доклад Комиссии международного права ООН Генеральной Ассамблее ООН, глава XII которого посвящена анализу фрагментации международного права<sup>1</sup>.

Фрагментация в международном публичном праве несет существенные риски: противостояние правовых режимов различных международных договоров-антагонистов (например, соглашения в рамках ВТО и международные договоры в области сохранения окружающей среды) [Peters A., 2017: 676, 680]. Вместе с тем она приносит и плоды, являясь индикатором необходимых изменений и не допуская концентрации властных полномочий в одних руках в силу институционального рассредоточения субъектов международного правотворчества. Поэтому в настоящее время, когда былые опасения сменились стадией анализа рисков и преимуществ и, наконец, нормализацией, речь идет уже об «упорядоченном плюрализме», «гибком разнообразии», необходимости развития специализированных областей международного права в качестве адекватного ответа на постоянно усложняющееся глобализирующееся общество.

О тенденции фрагментации (нормативной и институциональной) пишут представители науки международного частного права [Мажорина М.В., 2018: 210–213], которые полагают фрагментацию следствием развития открытого (сетевого) общества и в качестве ее проявлений выделяют существование разных субъектов и уровней правотворчества (надгосударственный, государственный и частный, представленный международными негосударственными организациями, профессиональными объединениями и пр.), государственных и альтернативных механизмов разрешения споров (международный коммерческий арбитраж, онлайн-урегулирование споров и т.д.).

В общем смысле под фрагментацией понимается дробление чего-либо на многочисленные разрозненные элементы, при этом ключевое значение здесь имеет именно разрозненность выделенных фрагментов. Часто при характеристике правового регулирования тех или иных общественных отношений идет речь о фрагментарном характере такового. В свою очередь фрагментарность подразумевает отрывочность, неполноту, раздробленность.

---

<sup>1</sup> Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права. Available at: URL: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/russian/chp12.pdf> (дата обращения: 01.12.2019)

В России на федеральном и региональном уровнях действует множество законов, подзаконных нормативных правовых актов, регулирующих разнообразные сферы общественных отношений, они постоянно подвергаются изменениям и дополнениям. Так, за 18 лет действия Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях<sup>2</sup> (далее — КоАП) в него вносились изменения более 600 раз, и только в 2019 году — 38 раз, что обусловило решение Правительства Российской Федерации на заседании 21.03.2019 о подготовке концепции нового КоАП, которая опубликована 10.06.2019<sup>3</sup>.

Помимо этого, возрастает число правотворческих инициатив. Только в настоящий момент на рассмотрении в Государственной Думе находится около 1,5 тыс. законопроектов<sup>4</sup>. На портале [regulation.gov.ru](http://regulation.gov.ru), где для общественного обсуждения находятся проекты нормативных правовых актов, разрабатываемые федеральными органами исполнительной власти, с начала его функционирования в 2012 году<sup>5</sup> размещено более 66 тыс. таких проектов<sup>6</sup>, а сейчас на обсуждении находится более 500 самых разных документов, начиная от проектов федеральных законов с самостоятельным предметом регулирования, а также вносящих изменения в действующее законодательство, и заканчивая проектами нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти в основном технического свойства. Указанные обстоятельства затрудняют общественное обсуждение и снижают его эффективность. И это только федеральный уровень. В условиях постоянного обновления нормативного массива усложняется система нормативных правовых актов, появляются некоторые внутрисистемные проблемы и негативные качественные изменения, отмечается «зарегулированность». Несмотря на это, развитию правового пространства России в настоящее время присуща тенденция к фрагментации, связанная с проблемами неполноты, пробелов, неопределенности правового регулирования, юридических коллизий, несоответствия и противоречия одних правотворческих инициатив другим (негативная фрагментация).

Правовое пространство — «признанная и регулируемая правом сфера жизнедеятельности людей, организаций и государств» [Тихомиров Ю.А. (а),

<sup>2</sup> Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 12.11.2019) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

<sup>3</sup> Available at: URL: <http://static.government.ru/media/files/KVhRvRfPpSydJQShBlwAY7khO7NAt9EL.pdf> (дата обращения: 01.12.2019)

<sup>4</sup> Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/stat/spzigd> (дата обращения: 01.12.2019)

<sup>5</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 25.08.2012 № 851 (ред. от 31.10.2018) «О порядке раскрытия федеральными органами исполнительной власти информации о подготовке проектов нормативных правовых актов и результатах их общественного обсуждения» // СЗ РФ. 2012. № 36. Ст. 4902.

<sup>6</sup> Available at: URL: <https://regulation.gov.ru> (дата обращения: 01.12.2019)

2017: 5] — не сводится к правовому, тем более, к законодательному регулированию, а тенденция фрагментации свойственна не только нормативному правовому массиву, но и иным источникам права, судебной практике, документам стратегического планирования, правовой доктрине. Новые грани права, обусловленные его трансформацией под влиянием процессов цифровизации, становятся актуальным предметом исследований представителей теоретико-правовой и отраслевых юридических наук, но не являются пока осмысленными в должной степени [Хабриева Т.Я., 2018: 10]. Сохраняется неопределенность и в понимании более традиционных категорий права, коллизии идей по самым различным вопросам: о правопонимании, разграничении конкретизации и толкования, юридической техники и юридических технологий, судебном прецеденте и судебной практике как источниках права, наличии у суда правотворческих функций и т.д.

Фрагментацию, равно как и неопределенность в праве [Власенко Н.А., 2013: 36–37], можно понимать в позитивном смысле, поскольку, несмотря на то, что право является универсальным регулятором, правовому регулированию не могут подлежать абсолютно все грани всех существующих и будущих общественных отношений. Особое значение это имеет для законодательного регулирования, где, например «запрограммированная» фрагментация позволяет предотвратить необоснованное расширение предмета законодательного регулирования и охват им отношений, подлежащих урегулированию подзаконными актами либо вообще иными регуляторами (религия, мораль, саморегулирование и пр.). В данном случае актуален вопрос о соблюдении пределов законотворческой конкретизации (иерархических, компетенционных, содержательных), принципов достаточности правового регулирования и нормативной экономии (см. об этом ниже).

Указанные проблемы, связанные с негативной фрагментацией российского правового пространства, обуславливают поиск инструментов и способов их преодоления и разрешения. Позитивная фрагментация также требует детального изучения, в частности, для определения надлежащих границ и пределов правового регулирования, прогнозирования дальнейшей динамики правового пространства, соответствующего правового отражения происходящих и будущих событий.

## **1. Фрагментация правового пространства на пороге нового технологического уклада**

Общепризнанно, что в мире пройдено пять технологических укладов. Шестой технологический уклад, который одновременно будет являться первым постиндустриальным укладом, к которому переходят сейчас развитые государства, обусловлен развитием нанотехнологий, резким сниже-

нием энергоемкости и материалоемкости производства, конструированием материалов и организмов с заранее заданными свойствами. Ядро этого технологического уклада, переход к которому наблюдается с начала XXI в., составляют нанобиотехнологии, информационные, когнитивные, социогуманитарные технологии, их конвергенция (НБИКС-конвергенция), наноэлектроника, нанохимия, нанофотоника. Отдельные ученые прогнозируют с середины XXI в. начало перехода к седьмому технологическому укладу — эпохе метакогнитивных технологий, новой антропологии.

Решение задачи перехода государства к технологическому укладу постиндустриального общества требует осмысления и обоснования происходящих в связи с этим трансформаций правовой реальности. На передний план выходят проблемы изменения сферы и пределов правового регулирования, динамики развития правовой сферы, правового управления переходом к новому технологическому укладу, поиска адекватных моделей правового регулирования изменяющихся общественных отношений. Поднимается вопрос о гибкости и оперативности правовых регуляторов общественных отношений (новых, а также тех, что, хотя и существовали ранее, но не требовали именно правового регулирования, в частности, связанных с применением искусственного интеллекта, реализацией так называемых «цифровых прав», совершением юридически значимых действий в виртуальном пространстве, сопряженных с Интернетом вещей), в том числе о целесообразности подзаконного регулирования таковых. Трансформируется и роль самого права как основного регулятора общественных отношений, возникает потребность в поиске дополнительных регуляторов (квазиправовых). Некоторые такие отношения, как отмечается в литературе, «должны быть, но на данном этапе не могут быть урегулированы правом в необходимом объеме» [Хабриева Т.Я., 2018: 8, 11]. С развитием цивилизации изменения претерпевают и социальные ценности, которые тесно связаны с правом и правовыми ценностями, происходит так называемая морализация права.

### **1.1. Цифровизация и трансформация правового пространства**

Во многих государствах на передний план выходит задача цифровизации. В России с 2017 г. реализуется Национальная программа «Цифровая экономика». Цифровая повестка дня провозглашается в международных организациях.

Фрагментация в регулировании общественных отношений, возникающих в связи с процессами цифровизации, имеет объективную природу и не характеризуется как негативное явление, а, скорее, представляет собой временный, переходный этап в развитии правового регулирования таких отношений. В связи с процессами цифровизации возможно прогнозирование



ние расширения предмета правового регулирования, а, следовательно, преодоление имеющейся в настоящее время фрагментации. Развитие новейших высоких технологий требует создания эффективной системы правового регулирования связанных с ними отношений.

В настоящее время цифровизация и формирование цифровой экономики регламентируются преимущественно документами стратегического планирования (национальными программами, национальными проектами и пр.); изменения гражданского, финансового и прочих отраслей законодательства минимальны. Вместе с тем юридическая природа документов стратегического планирования до конца не ясна, правовой элемент в них выражен слабо, хотя отдельные авторы полагают доктринальные акты нетипичными юридическими актами, выступающими эффективным средством правовой политики [Малько А.В., Гайворонская Я.В., 2018: 7, 21].

Поэтому создание всеобъемлющего законодательного регулирования общественных отношений, связанных с цифровизацией, было бы преждевременным и, несомненно, повлекло бы масштабное внесение изменений во вновь принятые законы в недалеком будущем. В связи с этим актуальна задача концептуального обоснования развития законодательного и подзаконного регулирования упомянутых общественных отношений. Должным образом обосновать необходимость тех или иных правотворческих решений призваны научные концепции развития законодательства — инструменты научного юридического прогнозирования и правового моделирования [Тихомиров Ю.А. и др., 2014: 135–143]. В Институте законодательства и сравнительного правоведения с 1994 года разрабатываются Концепции развития российского законодательства, выдержавшие к настоящему времени семь изданий [Хабриева Т.Я., Тихомиров Ю.А., 2015]. Фонд «Сколково» совместно с авторитетными учеными разрабатывает концепции, составляющие научную основу необходимых изменений правового пространства в условиях цифровизации.

## **1.2. Правовые регуляторы общественных отношений: изменение подхода в условиях становления цифровой экономики**

В Концепции организации процесса управления изменениями в области регулирования цифровой экономики<sup>7</sup> (п. 4.1.1) среди проблем регулирова-

---

<sup>7</sup> Разработана Центром компетенций по направлению «Нормативное регулирование» Фонда «Сколково» совместно с Центром стратегических разработок во исполнение задачи 1.9 паспорта федерального проекта «Нормативное регулирование цифровой среды» национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации». Available at: URL: [https://legalai.sk.ru/cfs-file.ashx/\\_\\_\\_key/telligent-evolution-components-attachments/13-643-00-00-00-02-28-12/20190619\\_5F001A04230418042D00\\_2.docx](https://legalai.sk.ru/cfs-file.ashx/___key/telligent-evolution-components-attachments/13-643-00-00-00-02-28-12/20190619_5F001A04230418042D00_2.docx) (дата обращения: 01.12.2019)

ния цифровой экономики обозначены, в частности: невозможность оперативного, отвечающего быстро изменяющимся потребностям развития цифровой экономики внесения изменений в основные источники права — закон и подзаконный нормативный акт; длительность процедур разработки и согласования указанных источников права; несогласованность работы правотворческих органов и пр. В связи с этим предлагается изменить подход к нормотворческой деятельности и закреплять в федеральных законах основные принципы и критерии с последующей их детализацией в подзаконных актах и актах, не имеющих нормативного характера, при помощи которых регулятор разъясняет субъектам экономической деятельности, как исполнять нормативные требования («мягкое право»), что обосновывается оперативностью их принятия и большей гибкостью по сравнению с иными источниками права.

Несмотря на в целом положительную оценку предложенного сценария развития форм (источников) права в цифровую эпоху, закрепление в федеральном законе лишь принципов и неких критериев превратит таковой в акт декларативного характера, не содержащий конкретных правил поведения. Развитие принципов и критериев, закрепленных в федеральном законе, преимущественно в подзаконных нормативных правовых актах, а также в актах «мягкого права», может нарушить правила конкретизации юридических норм более высокой юридической силы нормами более низкой юридической силы, затруднить разграничение сферы ведения федерации и ее субъектов, расширить свободу усмотрения субъектов, разрабатывающих указанные ненормативные акты, повысить риски правовой неопределенности, усложнить механизм реализации актов «мягкого права» и привлечения к ответственности за их неправильное применение либо нарушение в силу необеспеченности их исполнения силой государственного принуждения, создать угрозу нарушения прав и свобод человека и гражданина, которые согласно ч. 3 ст. 55 Конституции России<sup>8</sup> могут быть ограничены только законом.

Также возможно нарушение баланса между законодательной и исполнительной властями в пользу последней, поскольку законодательные органы будут принимать федеральные законы, содержащие декларативные предписания, толкование и конкретизация которых в форме руководств будет осуществляться федеральными органами исполнительной власти. Наконец, закономерен вопрос о судьбе действующих федеральных законов, содержащих нормы права, так или иначе касающиеся цифровизации (например,

---

<sup>8</sup> Конституция Российской Федерации, принята всенародным голосованием 12.12.1993 (с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК РФ; ГК)<sup>9</sup> в 2019 году был дополнен положениями о цифровых правах и совершении сделок в электронной форме<sup>10</sup>):

будут ли они отменены и заменены ненормативными руководствами федеральных органов исполнительной власти;

будут ли они существовать параллельно с «мягкими» регуляторами (при этом неизбежны коллизии);

будут ли определенные сферы общественных отношений, затронутые цифровизацией, регламентированы по-старому (законом как основным источником права, подзаконными нормативными правовыми актами, конкретизирующими закон), в то время как иные, вновь возникающие в связи с цифровизацией общественные отношения станут предметом «мягкой» регламентации в руководствах.

Переход России к новому этапу внедрения современных цифровых технологий в правотворческую деятельность является аргументом для ускоренного принятия Федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» [Хабриева Т.Я., Тихомиров Ю.А., 2019: 19–79], в котором следует закрепить, помимо прочего, ряд норм в сфере принятия электронных нормативных правовых актов, порядка их опубликования, а также возможность рассмотрения в приоритетном порядке вопросов нормативного правового регулирования в сфере развития и внедрения высоких технологий, включая цифровые технологии.

Этот закон, помимо закрепления традиционных правовых категорий, будет призван сформировать правовую базу, основу цифровизации правотворчества, определить не только прочно вошедшие в юридический лексикон термины, но и дать определения новым понятиям, возникающим в связи с тенденциями цифровизации права, сформулировать особенности применения правил, приемов и средств правотворческой юридической техники, новеллы в применении известных и формирующихся юридических технологий в трансформирующихся условиях.

Отдельно следует сказать о появлении в правовой системе страны нетипичных — циклических — правовых массивов [Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н., 2018: 90–94], создающихся и развивающихся не автономно от правового развития в иных сферах, а вторгающихся в действующие элементы права и детерминирующих их содержание. В качестве примера обычно

---

<sup>9</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 18.07.2019) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

<sup>10</sup> Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2019. № 12. Ст. 1224.

приводится антикоррупционный циклический правовой массив, поскольку нормы о противодействии коррупции нашли свое отражение не только в уголовном и административном, но и в гражданском, трудовом, образовательном, финансовом и прочих отраслях законодательства. Вероятно, именно в направлении движения к формированию цифрового циклического правового массива будет идти правовое регулирование в новых условиях, поскольку цифровизация затрагивает все сферы общественной жизни.

## **2. Негативная фрагментация: причины и пути минимизации**

Фрагментация, понимаемая в негативном смысле, снижает эффективность и качество закона, иных нормативных правовых актов, а также может являться коррупциогенным фактором (например, если неполнота и неопределенность норм оставляют необоснованно широкие пределы усмотрения для правоприменителя<sup>11</sup>).

Причинами фрагментации как разновидности юридического конфликта [Тихомиров Ю.А. (б), 2017: 35], негативной тенденции правового развития, оказывающей наиболее деструктивное воздействие на сферу правового регулирования, по нашему мнению, являются, в частности: отсутствие комплексного стратегического планирования правотворчества различных субъектов — органов власти разных уровней ее организации, нестабильность законодательства, вызванная постоянным внесением в него изменений, несогласованность действий разных субъектов правотворчества, отсутствие корреляции вносимых в нормативные правовые (и прежде всего законодательные) акты изменений между собой и документами стратегического планирования, закладывающими ориентиры, цели и показатели социально-экономического развития страны.

### **2.1. Потенциал судебного правотворчества в решении проблемы фрагментации**

Несомненно, особая роль в выявлении дефектов, неполноты нормативных правовых актов, правовой неопределенности, в целом означающих фрагментацию, принадлежит судебным органам власти, а судебная практика предназначена для преодоления выявленных дефектов и пробелов, хотя

---

<sup>11</sup> См.: Федеральный закон от 17.07.2009 № 172-ФЗ (ред. от 11.10.2018) «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3609; Постановление Правительства Российской Федерации от 26.02.2010 № 96 (ред. от 10.07.2017) «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. 2010. № 10. Ст. 1084.

и не может их восполнить, поскольку суд в России является правоприменительным, а не правотворческим органом. Вместе с тем, влияние судебной практики на правотворчество неоспоримо, и во многих случаях фрагментация правового регулирования, выявленная именно судами и отмеченная в судебных решениях, устраняется в последующем правотворческим органом. В силу своей «приближенности» к фактическим жизненным обстоятельствам суд может подсказать решение назревших законодательных проблем, в своем решении обозначив опережающее регулирование тех или иных общественных отношений.

Российские высшие судебные инстанции всегда в определенной степени осуществляли правотворческие функции в процессе правоинтерпретационной деятельности. Например, Конституционный Суд Российской Федерации, обязывая законодателя к принятию тех или иных юридических норм, опосредованно осуществляет правотворческую деятельность. Разъяснения Пленума Верховного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики содержат не только собственно толкование, но и конкретизацию норм интерпретируемого права. Для примера обратимся к толкованию гражданско-правовых договоров, иерархия способов (приемов) которого в довольно сжатой форме регламентирована в статье 431 ГК<sup>12</sup>.

Ранее Пленум Высшего Арбитражного Суда<sup>13</sup> закрепил в правовой системе страны принцип толкования *contra proferentem* («против профессионала»)<sup>14</sup>, легализованный во многих зарубежных правовых порядках<sup>15</sup>, а также в междуна-

<sup>12</sup> Первичным способом (приемом) толкования договора является буквальный (языковой). В случае неясности буквального значения условия договора применяется системное толкование, предполагающее рассмотрение условий договора в их системной взаимосвязи как согласованных частей одного договора. При исчерпании перечисленных вариантов у суда есть основание пойти по пути выяснения воли сторон с учетом цели договора (телеологическое толкование). Учет предшествующих договору переговоров и переписки, практики, установившейся во взаимных отношениях сторон, обычаев, последующего поведения сторон представляет собой следующий по иерархии — субъективный — способ толкования договора.

<sup>13</sup> Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2014. № 5.

<sup>14</sup> Принцип *contra proferentem* был изложен в пункте 11 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» следующим образом: «При неясности условий договора и невозможности установить действительную общую волю сторон иным образом толкование условий договора осуществляется в пользу контрагента стороны, которая подготовила проект договора либо предложила формулировку соответствующего условия. Пока не доказано иное, предполагается, что такой стороной было лицо, профессионально осуществляющее деятельность в соответствующей сфере, требующей специальных познаний (например, банк по договору кредита, лизингодатель по договору лизинга, страховщик по договору страхования и т.п.)».

<sup>15</sup> Германия, Франция, Нидерланды, Италия, Испания, Австрия, Китай, многие другие страны. *Contra proferentem* активно применяется в Великобритании и США.

родных унифицированных актах в сфере международной торговли (Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА, действующих в настоящее время в редакции 2016 года<sup>16</sup> (ст. 4.6), Принципах европейского договорного права<sup>17</sup> (ст. 5:103), Модельных правилах европейского частного права<sup>18</sup> (ст. II.-8:103) — прообразе единого европейского гражданского кодекса).

Разъясняя вопросы применения норм ГК о заключении и толковании договоров, Пленум Верховного Суда дословно воспроизвел в п. 45 своего Постановления этот принцип<sup>19</sup>. При этом Верховный Суд выводит этот принцип из смысла норм ч. 2<sup>20</sup> ст. 431 ГК РФ, хотя в самом ГК об этом ничего не сказано. Использование *contra proferentem* в качестве средства контроля над договорной справедливостью в ситуациях, когда условия договора выработаны лишь одним контрагентом, имеет место в практике российских судов последних лет, следующей указанным разъяснениям высших судебных инстанций<sup>21</sup>.

Таким образом, урегулированные в общем виде в ст. 431 ГК правила толкования гражданско-правовых договоров были не просто интерпретированы, разъяснены высшими судебными инстанциями, но конкретизированы и сформулированы более подробно с учетом не только духа и смысла норм российского гражданского законодательства, но в русле мировой многолетней практики<sup>22</sup>. В чистом виде правоприменением и толкованием назвать эту деятельность суда уже нельзя, здесь очевидно наличие творческого элемента и дополнение недетализированных норм ГК РФ о толковании новым методом<sup>23</sup>. Обязательная сила данного правоконкретизирующего положения

<sup>16</sup> UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2016. Available at: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> (дата обращения: 01.12.2019)

<sup>17</sup> The Principles of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III). Available at: <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/landscape.pdf> (дата обращения: 01.12.2019)

<sup>18</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Articles and Comments. Available at: [https://www.ccbe.eu/NTCdocument/DCFRpdf1\\_1262861061.pdf](https://www.ccbe.eu/NTCdocument/DCFRpdf1_1262861061.pdf) (дата обращения: 01.12.2019)

<sup>19</sup> Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2019. № 2.

<sup>20</sup> В Постановлении именуется абзацем вторым, хотя в самой ст. 431 ГК РФ ее структурные элементы обозначены как части.

<sup>21</sup> См., напр.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 02.10.2019 № Ф05-15575/2019 по делу № А41-22611/2019 // СПС КонсультантПлюс; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.12.2018 № Ф04-5266/2018 по делу № А03-19704/2017 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>22</sup> Принцип *contra proferentem* известен со времен римского права.

<sup>23</sup> Более того, в п. 46 Постановления от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании до-

(правоположения) подтверждается нормами российского законодательства о судостроительстве<sup>24</sup> и процессуального законодательства<sup>25</sup>.

## 2.2. Фрагментация и нормативная экономия

Преодолению фрагментации как негативной тенденции способствует синхронизация правового регулирования — такое его совершенствование, которое приводит к сближению смежных отраслей и векторов развития законодательства<sup>26</sup>.

Синхронизация правового регулирования обеспечивается, помимо прочего, надлежащей реализацией в правотворчестве таких его принципов, как планирование, системность, нормативная экономия. Рассмотрим последний подробнее. Нормативная экономия непосредственным образом связана с принципами достаточности правового регулирования, определением его границ, определенностью права, балансом законодательной системы,

---

говора» Пленум Верховного Суда РФ указал, что суд при толковании договора с учетом особенностей конкретного договора вправе применить как приемы толкования, прямо установленные ст. 431 ГК РФ, иными правовым актом, вытекающие из обычаев или деловой практики, так и иные подходы к толкованию.

<sup>24</sup> См: ч. 1 ст. 6 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 № 1-ФКЗ (ред. от 30.10.2018) «О судебной системе Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1.

<sup>25</sup> Нарушение единообразия в толковании и применении судами норм права, выраженного в разъяснениях Верховного Суда РФ, является согласно правилам Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 17.10.2019) (СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532), Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 12.11.2019) (СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012), Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 № 21-ФЗ (ред. от 26.07.2019) (СЗ РФ. 09.03.2015. № 10. Ст. 1391) основанием для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора. 28.11.2018 в процессуальное законодательство России были внесены изменения, предоставившие право судам ссылаться в мотивировочной части решений на постановления Пленума Верховного Суда РФ и обзоры судебной практики, утвержденные его Президиумом (ч. 4.1 ст. 198 ГПК РФ, ч. 4 ст. 170 АПК РФ, ч. 4 ст. 180 КАС РФ), а также — для арбитражных судов — на сохраняющие силу постановления Пленума ВАС РФ по вопросам судебной практики и постановления Президиума ВАС РФ; в порядке КАС РФ — также на постановления и решения Европейского Суда по правам человека и решения Конституционного Суда (Федеральный закон от 28.11.2018 № 451-ФЗ (ред. от 17.10.2019) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 49 (часть I). Ст. 7523).

<sup>26</sup> Сближение может достигаться разными способами, в частности, путем: своевременной актуализации правового регулирования при принятии того иного акта, приведения законодательства в соответствие с вновь принятым законом; устранения терминологической неопределенности, когда одни и те же понятия и термины используются в разных нормативных правовых актах в неодинаковом значении; учета при разработке законопроектов всех иных законодательных инициатив в соответствующей области общественных отношений; обеспечения единства принципов правового регулирования в схожих отраслях; систематизации; сохранения правопреимственности правовых актов, институтов и т.п.

информационной избыточностью. В уголовном праве принято выделять принцип экономии репрессии. Широко известен принцип процессуальной экономии.

Соблюдение принципа нормативной экономии обеспечивается надлежащим применением правил, приемов и средств правотворческой юридической техники. Это относится к лаконичности, точности и простоте наименования нормативного правового акта, позволяющего четко определить предмет правового регулирования, к исключению дублирований, оправданному использованию бланкетных и отсылочных норм.

Информационно-правовая избыточность в виде дублирования (норм федеральных законов — в законодательстве субъектов федерации, законодательных предписаний — в подзаконных актах) приводит к негативным последствиям в виде правовой инфляции, девальвации права. В связи с этим высказываются предложения о законодательном закреплении принципа исключения дублирования нормативного правового материала [Баранов В.М., 2012: 46], заслуживающие поддержки, однако не в виде отдельной нормы, а в совокупности с иными предписаниями, опосредующими весь цикл правового развития (включая правила правотворческой юридической техники) и включенными в закон о нормативных правовых актах.

Некоторые авторы положительно оценивают отдельные случаи дублирования (в частности, норм Конституции в отраслевых законах), «подчеркивающего связь Конституции и текущего законодательства» [Белоусов С.А., 2015: 51–52]. С приведенной позицией вряд ли можно согласиться: дублирование конституционных положений, которые к тому же имеют прямое действие, не обеспечивает полноты, достаточности и синхронизации правового регулирования, не способствует преодолению его фрагментации и решению проблемы неопределенности.

Во многих действующих и проектируемых законах имеются статьи, включающие бланкетные нормы об ответственности за нарушение требований этих законов в соответствии с федеральным законодательством. При этом наличие или отсутствие таких бланкетных норм не влияет на наступление ответственности, которая предусмотрена соответствующим законодательством<sup>27</sup>. Имеют-

---

<sup>27</sup> К примеру, согласно ст. 35 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. от 02.08.2019) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» (СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032) юридические лица, должностные лица, граждане Российской Федерации, иностранные граждане и лица без гражданства, виновные в нарушении требований настоящего Федерального закона, привлекаются к ответственности в соответствии с законодательством России. Однако отсутствие подобной бланкетной нормы не повлияло бы на привлечение к административной ответственности за административные правонарушения согласно правилам гл. 18 КоАП или привлечение к уголовной ответственности за преступления, предусмотренные ст. 322.1, 322.2, 322.3 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 04.11.2019) (СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954).



ся и другие примеры избытка отсылочных и бланкетных норм в нормативных правовых актах и их проектах<sup>28</sup>.

Нередко подзаконные акты принимаются не в строгом соответствии с законом, и происходит расширение границ правового регулирования, не предусмотренное на законодательном уровне, нарушаются иерархические, компетенционные пределы конкретизации норм закона. Встречаются также случаи «опережающего регулирования подзаконными актами отношений, являющихся предметом закона». В связи с этим предложен формальный критерий размежевания законодательного и подзаконного регулирования — закрепление в законе (например, о нормативных правовых актах) закрытого перечня тех вопросов, которые могут решаться только законом [Абрамова А.И., 2015: 22–23]. Между тем закрытый перечень не всегда соответствует динамике развития общественных отношений. Важно соблюдать баланс.

### **2.3. Фрагментация правового регулирования правотворчества и его базовых понятий: эффективные способы восполнения**

Отсутствие закрепленных в федеральном законе единых основ правотворческой деятельности является одним из наглядных примеров негативной фрагментации правового регулирования. Отдельные аспекты федерального правотворчества<sup>29</sup> закреплены в ряде подзаконных нормативных правовых актов, законодательно урегулированы его некоторые элементы и стадии, в частности: референдум<sup>30</sup>, антикоррупционная экспертиза<sup>31</sup>, опу-

---

<sup>28</sup> Например, в Государственную Думу был внесен проект федерального закона № 633584-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О почетном звании Российской Федерации «Город воинской славы», направленный на установление правовых основ присвоения перевалам Российской Федерации почетного звания «Перевал воинской славы». Присвоение последнего предлагалось осуществлять в соответствии с порядком присвоения городам звания «Город воинской славы», установленным Федеральным законом от 09.05.2006 № 68-ФЗ «О почетном звании Российской Федерации «Город воинской славы». Однако предлагаемые изменения влекли создание избыточного числа отсылочных норм. Статья 3.1 законопроекта, которой предлагалось дополнить названный федеральный закон, отсылала к порядку присвоения городам звания «Город воинской славы», установленному этим федеральным законом в ст. 1, при этом действующая ч. 2 ст. 1 Федерального закона содержит бланкетную норму, согласно которой условия и порядок присвоения городам звания «Город воинской славы» определяются Президентом. См.: Проект федерального закона № 633584-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О почетном звании Российской Федерации «Город воинской славы». Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/633584-7> (дата обращения: 01.12.2019)

<sup>29</sup> В частности, законодательная деятельность Правительства РФ, подготовка, принятие и государственная регистрация нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, законодательный процесс в Федеральном Собрании.

<sup>30</sup> Федеральный конституционный закон от 28.06.2004 № 5-ФКЗ (ред. от 18.06.2017) «О референдуме в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2710.

<sup>31</sup> Федеральный закон от 17.07.2009 № 172-ФЗ (ред. от 11.10.2018) «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов».

бликование и вступление в силу федеральных конституционных и федеральных законов<sup>32</sup>.

Определения таких базовых понятий, как правовой акт, нормативный правовой акт, ненормативный правовой акт пока не нашли отражения в законе. Большое значение это разграничение имеет не только собственно для процесса правотворчества, но и для судебных органов, поскольку процессуальным законодательством предусмотрена возможность оспаривания таковых в судебном порядке, от этого зависит определение подведомственности, выбор процедуры рассмотрения дел, закрепленной АПК и КАС.

На практике при определении нормативного или ненормативного характера правового акта руководствуются их устоявшимися доктринальными определениями, правовыми позициями судебных органов. Правовая позиция Конституционного Суда о нормативном правовом характере актов выражена в его постановлении от 17.11.1997 № 17-П<sup>33</sup>. К таковым Конституционным Судом отнесены обязательные для исполнения официальные государственные предписания общего действия и многократного применения, содержащие общие правила, адресатами которых является персонально не определенный круг лиц.

Признаки, характеризующие нормативный правовой акт, определены также Верховным Судом<sup>34</sup>, который в отличие от Конституционного Суда понимает нормативный правовой акт в более широком смысле, не только как документ, исходящий от государства, но и от других субъектов правотворчества — органов местного самоуправления, организаций; относит к таковым акты, которые хотя и не включают в себя нормы права, но утверждают разного рода типовые приложения, содержащие правовые нормы<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Федеральный закон от 14.06.1994 № 5-ФЗ (ред. от 01.05.2019) «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» // СЗ РФ. 1994. № 8. Ст. 801.

<sup>33</sup> СЗ РФ. 1997. № 47. Ст. 5492.

<sup>34</sup> См.: п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25.12.2018 № 50 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 2.

<sup>35</sup> Понятия нормативного правового акта и нормы права содержатся в постановлении Государственной Думы от 11.11.1996 № 781-II ГД «Об обращении в Конституционный Суд Российской Федерации» (СЗ РФ. 1996. № 49. Ст. 5506), а также были сформулированы в ныне не подлежащих применению постановлениях Пленумов Верховного Суда РФ от 29.11.2007 № 48 (ред. от 09.02.2012) «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части» (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 1) и Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.07.2013 № 58 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании нормативных правовых актов» (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 10).

В 2016 году во исполнение требования Конституционного Суда к федеральному законодателю<sup>36</sup> КАС РФ и АПК РФ дополнены нормами о производстве по делам об оспаривании актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами<sup>37</sup>. Вместе с тем существенные признаки, характеризующие такие акты, на уровне закона не установлены, а сформулированы в судебной практике<sup>38</sup>.

Точное отграничение нормативных и ненормативных правовых актов, закрепленное в законе, имеет большое значение, в том числе и для решения вопроса о направлении на государственную регистрацию нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, соответствующих определенным критериям<sup>39</sup>. В настоящее время многие акты федеральных органов исполнительной власти, фактически имеющие нормативный характер, формально не зарегистрированы [Вайпан В.А., 2014: 4–11], вместе с тем, их нормативная или, наоборот, ненормативная природа напрямую влияет на порядок оспаривания в суде. Известны случаи, когда такие акты отзывались принявшими их органами после длительного применения по результатам проведения Министерством юстиции РФ экспертизы таких актов как не прошедшие государственную регистрацию, а их применение признавалось неправомерным<sup>40</sup>.

Решением этой проблемы является принятие уже упоминавшегося федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации», регламентирующего основные аспекты правотворческой деятельности, включая определения основных понятий и терминов, требования к порядку разработки, оценки, принятия, опубликования нормативных правовых актов и со-

<sup>36</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 31.03.2015 № 6-П // СЗ РФ. 2015. № 15. Ст. 2301.

<sup>37</sup> Федеральный закон от 15.02.2016 № 18-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации в части установления порядка судебного рассмотрения дел об оспаривании отдельных актов» // СЗ РФ. 2016. № 7. Ст. 906.

<sup>38</sup> Издание таких актов органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными органами, уполномоченными организациями или должностными лицами, наличие в них результатов толкования норм права, которые используются в качестве общеобязательных в правоприменительной деятельности в отношении неопределенного круга лиц (см. п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 50).

<sup>39</sup> Такими критериями являются влияние на права, свободы и обязанности человека и гражданина, установление правового статуса организаций, межведомственный характер соответствующих НПА ФОИВ. См.: Постановление Правительства РФ от 13.08.1997 № 1009 (ред. от 12.10.2019) «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации» // СЗ РФ. 1997. № 33. Ст. 3895.

<sup>40</sup> См., напр.: письмо Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 02.06.2008 № 3854-ЮВ (СПС КонсультантПлюс), которым было отозвано письмо Минтруда России от 07.10.1998 № 5635-КС (СПС КонсультантПлюс), действовавшее почти 10 лет, но не прошедшее регистрацию в Министерстве юстиции.

ответствующие юридические технологии, закрепляющего в основном тексте либо в приложении правила правотворческой юридической техники.

Необходимо также совершенствование стратегического планирования в этой области, что включает разработку стратегий правотворчества, широкое и обязательное использование инструментария юридического прогнозирования, среднесрочное и долгосрочное планирование правотворческой деятельности, особенно для субъектов права законодательной инициативы, корреляцию планов правотворческой деятельности разных субъектов правотворчества;

Инструментом обеспечения эффективности правотворчества в целом и преодоления фрагментации, в частности, выступает правовая экспертиза проектов нормативных правовых актов, в ходе которой выявляются разного рода дефекты проектируемых актов. Правовое регулирование экспертизы нуждается в модернизации путем обозначения ее в качестве обязательной стадии правотворческого процесса; определения базовых понятий в данной области, общих положений об экспертизе (субъектах, их полномочиях, ответственности, характере экспертного заключения), основ правового регулирования отдельных видов экспертизы, положений о проведении комплексной экспертизы.

Перспективным видится использование потенциала искусственного юридического интеллекта для обнаружения неполноты и раздробленности действующих и проектируемых нормативных правовых актов, что значительно упростит этот процесс. В связи с этим целесообразно создание официальной базы проектируемых и действующих нормативных правовых актов, а также практики их реализации.

Задачам укрепления в стране гражданского общества, обеспечения соответствия принимаемых нормативных правовых актов интересам и реальным потребностям общества и преодоления фрагментации в учете запросов социума служит применение в правотворчестве технологий краудсорсинга (общественная правотворческая инициатива, общественное обсуждение и общественная экспертиза проектов нормативных правовых актов).

Масштабный мониторинг в широкой сфере контрольно-надзорной деятельности государства и регламентации обязательных требований для предпринимателей в настоящее время проводится в рамках механизма регуляторной гильотины, предполагающей отмену устаревших и явно избыточных норм права. На повестке дня — принятие новых, более эффективных документов, содержащих непротиворечивые предписания, преодоление законодательной инфляции в области регулирования бизнеса. Одновременно полагаем, что отмена неактуальных правовых предписаний не должна приводить к образованию пробелов там, где правовое регулирование все же необходимо. В связи с этим требуется систематизация предполагаемых к отмене правовых актов,

использование технологий юридического прогнозирования и планирования для создания модернизированных предписаний, соответствующих современному уровню социального и технологического развития.

Механизм регуляторной гильотины предусматривает разработку нового федерального законодательства, которое, в свою очередь, логично апробировать в порядке правового эксперимента. Правовой эксперимент с той или иной периодичностью применяется в нашей стране еще с конца XIX в., а в 1960-х–1980-х г. он получил научное обоснование [Тихомиров Ю.А., 2015: 83–85]. Его значение в первую очередь в том, что эксперимент позволяет опробовать предлагаемую правовую модель, проверить обоснованность предлагаемого правового регулирования в ограниченном масштабе, чтобы полученные результаты подтвердили либо опровергли рабочую гипотезу.

В условиях цифровизации правовой эксперимент видоизменяется в применение экспериментальных правовых режимов — регуляторных песочниц, широко распространенных в финансовой сфере, а в настоящее время — и при реализации инновационных проектов. Особенности регуляторных песочниц заключаются в отмене некоторых обязательных требований законодательства, допущении изъятий из общего правового режима для конкретных компаний на определенных территориях в строго определенный период времени с возможными ограничениями числа клиентов, суммы сделок и пр.

В начале 2019 г. Минэкономразвития подготовило обсуждаемый в настоящее время законопроект «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>41</sup>. Экспериментальный правовой режим, согласно законопроекту, устанавливается по определенным направлениям внедрения цифровых инноваций<sup>42</sup>.

Таким образом, если правовой эксперимент заключается в создании специальных норм права, действующих на определенной территории в течении определенного временного промежутка, то экспериментальный правовой режим заключается в установлении исключений из действующих правовых норм. В условиях цифровизации общественных отношений механизм регуляторных песочниц, применяемый в инновационных областях, имеет тенденции к расширению.

---

<sup>41</sup> Законопроект «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Available at: URL: [http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/regulatorynye\\_pesochnicu/2019103014](http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/regulatorynye_pesochnicu/2019103014) (дата обращения: 01.12.2019)

<sup>42</sup> В медицине; на транспорте; в образовательной деятельности; на финансовом рынке; в сферах: продажи товаров, работ, услуг дистанционным способом; архитектурно-строительного проектирования, строительства, капитального ремонта, реконструкции, сноса объектов капитального строительства, эксплуатации зданий, сооружений; предоставления государственных и муниципальных услуг, осуществления государственного контроля (надзора) и муниципального контроля; промышленности.

Однако поддерживая идею и концепцию названного законопроекта, не следует забывать об апробации правотворческих решений не только в инновационных, но и в традиционных сферах. Особенно это важно для крупных и социально острых правотворческих решений.

## **Заключение**

Фрагментация правового пространства (неполнота, раздробленность, разобщенность) имеет как положительное, так и отрицательное значение. В условиях развития высоких технологий и связанных с этим социальных трансформаций правовое регулирование не всегда адекватно потребностям технологического, социально-экономического развития. Вместе с тем, зачастую функционал права как опережающего отражения действительности здесь и не применим в связи с необходимостью прежде решить вопросы, в частности:

- о целесообразности включения в правовую орбиту вновь возникающих общественных отношений или тех, что уже существовали, но не были регламентированы правом;

- о расширении или сужении сферы правового регулирования;

- о смещении акцентов в сторону неправового (квазиправового) регулирования в тех или иных областях;

- об изменении соотношения правовых регуляторов;

- о выдвигании на передний план источников мягкого права.

Негативная фрагментация как разновидность юридического конфликта, пробельность и противоречивость правового регулирования может быть преодолена либо восполнена с использованием различных средств и механизмов (внесения изменений и дополнений в законодательство, синхронизации правового регулирования, конкретизации норм права судом и пр.). Вместе с тем, решая проблему фрагментации правового регулирования, необходимо соблюдать и известную осторожность, чтобы не допустить обратной ситуации — излишней детализированности и запутанности правового регулирования, что особенно важно в случае дополнения и правотворческой конкретизации законодательных актов.

Решению проблемы фрагментации служат создание и развитие научной основы правотворчества и совершенствование его стратегического планирования, привлечение общественности к процессу принятия правотворческих решений (краудсорсинг), проведение правового эксперимента в целях апробации того или иного правотворческого решения и использование механизма «регуляторных песочниц», модернизация обязательных требований к предпринимательскому сообществу (механизм регуляторной гильотины).

На различных этапах правотворческой деятельности перспективно применение искусственного юридического интеллекта: начиная с проработки большого массива информации при принятии решения о разработке проекта нормативного правового акта и формулирования правотворческой инициативы, подготовки текста проектируемого акта (например, на основе шаблонов, образцов наилучшей практики, составленных с соблюдением правил юридической техники), в ходе различных видов экспертизы проекта (особенно важно для объективности при антикоррупционной экспертизе), оценки регулирующего и фактического воздействия, заканчивая мониторингом.

С учетом широкого внедрения в правотворческий процесс цифровых технологий, способных не только изменить либо дополнить основные элементы, стадии, субъектов этого процесса, но и оптимизировать действующий массив нормативных правовых актов в стране, можно говорить об изменении культуры правотворчества, необходимости разработки и внедрения модели культуры цифрового правотворчества в теорию и практику правотворческой деятельности, что будет способствовать повышению качества правотворчества, эффективности применения правовых норм.



## Библиография

- Абрамова А.И. Правоприменительная практика и ее влияние на развитие законодательства // Журнал российского права. 2015. N 12. С. 18–27.
- Баранов В.М. Основные направления модернизации техники современного правотворчества в России // Юридическая техника. 2012. N 6. С. 42–50.
- Бахин С.В. Правовые проблемы договорной унификации // Московский журнал международного права. 2002. N 1. С. 129–143.
- Белоусов С.А. Дисбаланс российского законодательства и информационная избыточность нормативно-правового текста: соотношение и взаимосвязь // Правовая культура. 2015. N 4. С. 48–57.
- Вайпан В.А. Государственная регистрация и опубликование нормативных правовых актов: противоречивость практики на основе неопределенности критериев // Юрист. 2014. N 9. С. 4–11.
- Власенко Н.А. Неопределенность в праве: природа и формы выражения // Журнал российского права. 2013. N 2. С. 32–44.
- Мажорина М.В. Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. N 1. С. 193–217.
- Малько А.В., Гайворонская Я.В. Доктринальные акты как основной инструмент правовой политики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. N 1. С. 4–25.
- Тихомиров Ю.А. Право: прогнозы и риски. М.: ИНФРА-М, 2015. 240 с.
- Тихомиров Ю.А. (а) Правовое пространство: равновесие и отклонения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. N 4. С. 4–17.
- Тихомиров Ю.А. (отв. ред.) (б) Юридический конфликт. М.: Норма, 2017. 312 с.

Тихомиров Ю.А. и др. Правовые модели и реальность. М.: Норма, 2014. 280 с.

Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. N 9. С. 5–16.

Хабриева Т.Я., Тихомиров Ю.А. (отв. ред.) Научные концепции развития российского законодательства. М.: Юриспруденция, 2015. 544 с.

Хабриева Т.Я., Тихомиров Ю.А. и др. О нормативных правовых актах в Российской Федерации (инициативный проект федерального закона). М.: Норма, 2019. 88 с.

Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности. // Журнал российского права. 2018. N 1. С. 85–102.

Peters A. The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization. *International Journal of Constitutional Law*, 2017, no 3, pp. 671–704.

---

## **Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1**

### **Fragmentation as a Modern Trend of Legal Space Development**



**Maksim Zaloilo**

Leading Researcher, Department of Legal Theory and Interdisciplinary Studies of Legislation, Institute of Legislation and Comparative Law under Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow, 117218, Russian Federation. E-mail: z-lo@mail.ru



#### **Abstract**

The subject of the study is the fragmentation of legal space as a modern trend of its development viewed in a positive and negative way. The purpose of the work is to identify options for solving the problem of negative fragmentation and forecasting the development of the legal space in terms of its positive fragmentation. Fragmentation is understood as incompleteness, fragility, inhomogeneity and uncertainty of the legal array. Fragmentation is inherent not only to national but also to international law, it is typical not only for laws, regulatory legal array, but also for other sources of law, strategic planning documents, judicial practice, legal doctrine. Using formal-logical, formal legal, systematic methods of research, as well as the method of modeling the author reveals the positive and negative features of fragmentation, offers the ways of overcoming of the fragmentation understood in a negative way. Absolutely all public relations cannot be the subject of legal regulation, some of them (for example, arising in connection with digitalization) can not yet be regulated by law in full. “Programmed” (positive) fragmentation of the law allows to prevent unjustified expansion of the subject of legislative regulation and coverage of relations to be regulated by sublegislative acts or other regulators. Among the causes of fragmentation understood in a negative sense: the instability of the legislation, the inconsistency of actions of different subjects of law-making at different levels, the lack of correlation of changes made to regulatory legal acts among themselves, etc. The problem of fragmentation can be solved by: the use of the potential of judicial practice; improvement of strategic planning of legal development of the state; adoption of the law on normative legal acts; synchronization of legal regulation; using legal technologies of forecasting and planning, law-making crowdsourcing, expertise, legal monitoring,



regulatory guillotine mechanism; application of artificial legal intelligence at different stages of law-making process; approbation of law-making decisions within the framework of legal experiment and regulatory sandboxes.



## Keywords

legal space; fragmentation; synchronization; concretization; judicial law-making; law-making crowdsourcing; legal experiment; digitalization; 6<sup>th</sup> technological way; artificial legal intelligence.

**For citation:** Zaloilo M.V. (2020) Fragmentation as a Modern Trend of Legal Space Development. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 27–49 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.27.49



## References

- Abramova A.E. (2015) Legal practice and its influence on the development of legislation. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 12, pp. 18–27 (in Russian)
- Bakhin S.V. (2002) Legal issues of contractual unification. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no 1, pp. 129–143 (in Russian)
- Baranov V.M. (2012) Major trends in modernizing law making in Russia. *Juridicheskaya tehnika*, no 6, pp. 42–50 (in Russian)
- Belousov S.A. (2015) Imbalance of Russian legislation and information excess of normative law text. *Pravovaya kul'tura*, no 4, pp. 48–57 (in Russian)
- Khabrieva T. Ya. (2018) Law and the challenges of digital reality. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 9, pp. 5–16 (in Russian)
- Khabrieva T. Ya., Tikhomirov Yu. A. (eds.) (2015) *Conceptions of development of Russian legislation*. Moscow: Yurisprudentsiya, 544 p. (in Russian)
- Khabrieva T.Ya., Tikhomirov Yu.A. (2019) *Normative acts of the Russian Federation*. Moscow: Norma, 88 p. (in Russian)
- Khabrieva T. Ya., Tchernogor N.N. (2018) Law in digital reality. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, pp. 85–102 (in Russian)
- Mazhorina M.V. (2018) International private law in globalization: denationalisation and fragmentation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 193–217 (in Russian)
- Mal'ko A.V., Gayvoronskaya Ya. V. (2018) Doctrinal acts as the main tool of legal policy. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 4–25 (in Russian)
- Peters A. (2017) The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization. *International Journal of Constitutional Law*, no 3, pp. 671–704.
- Tikhomirov Yu. A. (2015) *Law: forecasts and risks*. Moscow: Norma, 240 p. (in Russian)
- Tikhomirov Yu. A. (a) (2017) Legal space: balance and deviations. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 4–17 (in Russian)
- Tikhomirov Yu. A. (b) (2017) *Legal conflict*. Moscow: Norma, 312 p. (in Russian)
- Tikhomirov Yu. A. et al (2014) *Legal models and reality*. Moscow: INFRA-M, 280 p. (in Russian)
- Vaipan V.A. (2014) State registration and publishing normative legal acts. *Yurist*, no 9, pp. 4–11 (in Russian)
- Vlasenko N.A. (2013) Uncertainty in law: nature and forms of expression. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 2, pp. 32–44 (in Russian)

# Исследование сложности предложений, составляющих тексты правовых актов органов власти Российской Федерации

---



**Д.А. Савельев**

научный сотрудник Института проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге, кандидат юридических наук. Адрес: 191187, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Гагаринская ул., 6/1. E-mail: dsaveliev@eu.spb.ru

---



## **Аннотация**

Для качественной правореализации недостаточно только факта официального опубликования нормативных актов. Важна ясность правовых текстов, доступность их для понимания. Лингвистическое и юридическое качество текста взаимосвязаны. Создание качественного текста будет способствовать более четкому формулированию идей, заложенных в правовой или судебный акт. В статье содержатся методика и результаты исследования текстов законодательства России, проведенного в целях совершенствования правореализации и правоприменения, снижения затрат времени на восприятие правовых норм, улучшения качества правовых актов. Использованы тексты 199 тыс. правовых актов. Проведена сегментация текстов на 5,5 млн. предложений; автоматизированная морфосинтаксическая разметка предложений с выделением частей речи и их свойств. На этой основе рассчитаны метрики лексической и синтаксической сложности каждого предложения: длина, лексическое разнообразие, длины зависимостей частей речи, длины слов в слогах и др. Выбраны метрики, позволяющие количественно оценить сложность предложений правового текста, которая отличается от литературного текста. Предложена методика автоматизированного определения предложений, которые можно отнести к наиболее трудночитаемым, без использования ручного труда. На основе этой работы созданы и опубликованы примеры плохо читаемых предложений правовых актов. Сведения о предложениях проанализированы статистически. Определены органы власти, которые пишут сложнее, и тематики документов, в которых встречается больше сложно написанных предложений. Показано, что число длинных предложений в законодательстве существенно (в пять раз) возросло по сравнению с первыми годами современной российской государственности. В частности, половина предложений актов Конституционного Суда состоит более чем из 40 токенов каждое. Выделены наиболее часто встречающиеся словосочетания и обороты, которые характеризуют тематику текстов, в которых встречаются наиболее сложные предложения. Опубликованный информационный ресурс может стать в дальнейшем предметом для более детальных работ по совершенствованию юридической техники и содержания правовых и судебных актов.

---



## Ключевые слова

правовая информация, законотворчество, законодательный процесс, правовой акт, корпус, лингвистика, экспертиза, лексическое разнообразие, открытые данные, вычислительная лингвистика, анализ текста.

---

**Благодарности:** Публикация подготовлена в рамках научного проекта N 17-18-01618, поддержанного Российским научным фондом.

Автор выражает признательность за методическую помощь Д. Скугаревскому, Р. Кучакову и всем сотрудникам Института проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге, давшим рекомендации по осуществлению исследования.

**Для цитирования:** Савельев Д.А. Исследование сложности предложений, составляющих тексты правовых актов органов власти Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 50–74.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.50.74

## Введение

Для обеспечения качественной правореализации недостаточно только лишь факта официального опубликования нормативных актов. Важна ясность правовых текстов, доступность их для понимания. Иначе норма ч. 3 ст. 15 Конституции Российской Федерации об обязательности официального опубликования правовых актов, затрагивающих права человека и гражданина, не имеет смысла. Более того, даже если на время принять крайнюю точку зрения и считать, что тексты правовых документов вовсе не адресованы рядовому гражданину, а являются профессиональным инструментом, предназначенным исключительно для подготовленных юристов, все равно встает вопрос о затратах времени и усилий юристов и руководителей организаций на восприятие и понимание текстов правовых и судебных актов. Улучшение качества текстов и снижение времени на их понимание в целом работают на государство и общество, сокращая ненужные издержки.

Важна связь лингвистического и юридического качеств текста. Создание оптимального с точки зрения лингвистики правового текста также будет способствовать и более четкому формулированию идей, заложенных в правовой акт. Уместно помнить выражение философов прошлого — «кто ясно мыслит, тот ясно излагает». Л. Фуллер писал: «Туманное и бессвязное законодательство может сделать законность недостижимой для кого бы то ни было или по крайней мере недостижимой без неправомочного пересмотра, который сам по себе наносит ущерб законности. Воду из загрязненного источника порой можно очистить, но тогда она станет чем-то иным» [Фуллер Л., 2007: 81].

В.Б. Исаков отметил: «Разумеется, лингвистическая экспертиза не все- сильна. Никакой редактор не в состоянии превратить бессмысленный набор слов в продуманный и стройный законопроект», и выразил надежду, что в последующем профессионализм законодателя в сфере формулирования правовых текстов возрастет [Исаков В.Б., 2000: 72–89]. Эта надежда пока не оправдалась.

Тема понятности правового акта не раз находила отражение в российской и зарубежной литературе. Движение за простой английский юридический язык возникло в середине прошлого века. Р. Асси утверждает, что жалобы на трудность юридического языка столь же стары, как и право; в последние три десятилетия правительства и корпорации затратили существенные ресурсы на то, чтобы «демистифицировать право для простых людей» при помощи упрощения правовых текстов. Он, тем не менее, отмечает, что упрощение языковых конструкций само по себе не ведет к тому, чтобы «право говорило напрямую с человеком» [Assy R., 2011: 376–404].

В США действует Закон о ясном языке (Plain Writing Act of 2010)<sup>1</sup>, который обязывает федеральные органы исполнительной власти формулировать все обращаемые к публике заявления в соответствии со руководством по простому письму. На официальном сайте<sup>2</sup> размещены такое руководство, примеры и инструкции.

Есть много исследований читаемости юридических текстов при помощи лингвистических метрик с точки зрения оценки читаемости ассессорами. Например, Де Фриз исследовал в диссертации [De Friez B., 2017] читаемость судебных решений Верховного суда штата Айдахо с 1890 г. по наши дни. Он использовал несколько разных подходов. Самый, пожалуй, распространенный — это индексы удобочитаемости Флеша<sup>3</sup>, для которых был применен подсчет коэффициента корреляции Пирсона<sup>4</sup> с годом принятия акта. Эти тесты показали ухудшение показателей читаемости. Однако автор использо-

---

<sup>1</sup> Available at: <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/946> (дата обращения: 22.10.2019)

<sup>2</sup> Available at: <http://plainlanguage.gov> (дата обращения: 22.10.2019)

<sup>3</sup> Индекс удобочитаемости Флеша позволяет различать документы по сложности для прочтения. Он рассчитывается по формуле, включающей число слов, число предложений и число слогов в текстах. Индекс Флеша-Кинсайда позволяет ранжировать документы по степени сложности, сравнивая их с уровнями обучения (классы школы, курсы университета и пр.).

<sup>4</sup> Pearson product-moment correlation coefficient используется для определения зависимости изменения одних величин от изменения других (корреляции), в данном случае, года принятия акта и метрик удобочитаемости, рассчитанных по приведенным выше формулам. См., напр.: Pearson Coefficient of Correlation Explained. URL Pearson Coefficient of Correlation Explained. Available at: <https://towardsdatascience.com/pearson-coefficient-of-correlation-explained-369991d93404> (дата обращения: 10.02.2020)

вал многофакторный анализ стиля на основе некоторых особенностей языка (например, использования слов в сложных формах и пр.), который дал противоположный результат. Затем были использованы различные модели оценки сложности текста. В итоге автор пришел к заключению, что читаемость текстов улучшилась, хотя они стали длиннее.

Колман и Финг исследовали индексы удобочитаемости 9 тыс. текстов Верховного Суда США с 1969 по 2004 г., сделав вывод, что читаемость улучшилась за годы, прошедшие с момента возникновения движения за простой язык [Coleman B., Phung Q., 2010: 75]. Оуэнс и Видикин исследовали читаемость документов отдельных судей Верховного Суда США, установив различия между ними, а также приходя, среди прочего, к выводу, что судьи пишут сложнее, когда они пересматривают прецедент [Owens R.J., Wedeking J.P., 2011: 1027–1061].

Исследования юридического языка проводятся и в Европе, и в других регионах. Вальтль и Маттес оценивают читаемость более 3 тыс. законодательных актов Германии при помощи метрик читаемости, а также сравнивают законодательство Германии и Австрии об ответственности за некачественный товар [Waltl B., Matthes F., 2015: 10]. Смит и Ричардсон приводят сведения о большом количестве исследований читаемости австралийских правовых актов в сфере налогообложения [Smith D., Richardson G., 1999: 1027–1061]. Исследование использования юридических жаргонизмов, сложных и устаревших слов привело к выводу, что органам власти объединенной Европы также следует обратиться к использованию более простого языка [Giampieri P., 2016: 424–439]. Также отметим вышедший недавно сборник статей «Право как данные: вычисления, текст и будущее правового анализа» [Livermore M., Rockmore D., 2019: 526], в который вошли 17 материалов, посвященных анализу правовых данных, в том числе стилистики правового текста.

В отечественной юридической литературе много внимания уделяется экспертизе проектов нормативных актов с точки зрения использования языковых конструкций. Государственная Дума опубликовала «Методические рекомендации по лингвистической экспертизе» [Крюкова Е.А., Крыжановская Л.А., 2013: 40], в которых указывается, что приоритет отдается простым предложениям, прямому порядку слов и расположению определений рядом с определяемым словом. Также отмечается, что обратный порядок слов затрудняет чтение. Прямым порядком слов называется формула «подлежащее, сказуемое, второстепенные члены».

Т.В. Губаева [Губаева Т.В., 2004: 38–43] также показывает примеры излишне сложных словесных конструкций и нарушений правил русского языка в нормативных актах, вплоть до законов и кодексов Российской Федерации. Она обращает внимание на то, что некоторые «канцелярские штампы», т.е.

слова и выражения, вроде бы построенные по принципам официально-делового стиля, не несут никакой смысловой нагрузки и лишь загромождают текст правового акта.

В России также создается лингвистически размеченный корпус локальных документов и актов CorRIDA. Авторы ставят целью проекта описание локальных документов разных типов через выделение и сравнение их языковых черт, а также оценку официально-деловых текстов с точки зрения их языковой сложности, удобства для восприятия и понимания «простым носителем» русского языка [Белов С.А. и др., 2018: 114–123].

В.В. Шашек и Н.А. Харченко исследуют при помощи испытуемых понятность норм Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ). Испытуемым предлагалось ответить на вопрос «О чем данная статья?» применительно к одной статье ГК РФ (ст. 1150 или 1508). Полученные ответы обобщались, на основе чего был сделан вывод: непрофессиональный читатель не может уяснить смысл такого текста. Затем авторы создали адаптированный текст указанных статей, показав, что возможно понятное изложение норм [Шашек В. В., Харченко Н. А. 2016: 1191–1196].

А.В. Поляков отмечает, что только при ясном изложении правовой нормы она может быть исполнена [Поляков А.В., 2009: 18]. Даже если считать, что развитие законодательства предполагает его конкретизацию [Степанов О.А., 2018: 4–23], то такая конкретизация, на наш взгляд, не должна приводить к ухудшению качества текста.

Опубликование правовых актов в электронной форме на Официальном интернет-портале правовой информации позволило создать информационный ресурс, состоящий из текстов, пригодных для машинного анализа. Институт проблем правоприменения проводит исследование текстов, входящих в него, методами вычислительной лингвистики.

Наши предыдущие исследования показали на уровне всех текстов ухудшение среднегодовых показателей метрик сложности текста для чтения во времени, в особенности, с 2014 года. При этом не подтвердилось предположение, что язык в целом в общественном дискурсе становится сложнее: сравнимая выборка текстов СМИ не показывает ухудшения читаемости текстов. Среди правовых актов обнаружены огромные документы, представляющие собой перечни, например, географических координат или адресов, выгруженные из баз данных, которые в принципе нельзя рассматривать с точки зрения читаемости. Однако это лишь первые результаты, которые носили наиболее общий характер.

В настоящей статье будут показаны результаты подробного исследования текстов правовых актов на уровне предложения для ответа на вопрос, какие именно предложения юридического текста приводят к ухудшению па-

раметров читаемости текста. Также будут приведены примеры таких предложений и сделаны предположения относительно причин этого явления и методов улучшения ситуации.

## 1. Данные массива правовых текстов и их подготовка

Исходными данными для исследования стал информационный ресурс, состоящий из текстов вновь принятых правовых актов за 1990–2017 гг. Russian Law as Open Data<sup>5</sup>, созданный ранее Институтом проблем правоприменения. Этот ресурс сформирован на основе документов, доступных на Официальном интернет-портале правовой информации<sup>6</sup>. В него включены только первоначальные редакции правовых актов на момент их принятия, а также последующие акты об изменениях. Консолидированные версии документов с внесенными изменениями не использовались во избежание двойного подсчета. В настоящем исследовании используется часть указанного ресурса объемом 199 тыс. текстов, которая получена из HTML-текстов раздела портала «Законодательство России».

Важным этапом работы является предварительная обработка текстов для увеличения точности их анализа. В массиве правовых актов встречаются документы огромных объемов. В них может быть как много предложений, так и одно предложение длиной более нескольких тысяч слов. Встречаются документы и предложения, которые в принципе невозможно оценить с точки зрения читаемости как текст: например, Постановлением Правительства России № 534 от 25.07.2013 была утверждена таблица из 1600 страниц, в которой содержатся только координаты точек на карте, обозначающие границы Сочинского национального парка. Такие документы были также исключены из рассмотрения. Документы, содержащие слово «бюджет» в названии, были также полностью исключены из анализа.

Из текстов были удалены таблицы (в них трудно выделить предложения целиком) и части, которые представляют собой формы для заполнения (предложения, в которых оставлены места для заполнения, чаще всего обозначенные большим числом знаков подчеркивания). В документах текст статей и пунктов отделен от служебных частей (удалены начало с названием и сведениями о принятии, окончание с подписью, заголовки и подзаголовки структурных элементов, ссылки на источники опубликования правовых актов и т.п.). Из документов также удалены ссылки на источники опубликования правовых актов.

<sup>5</sup> Available at: URL: <https://github.com/irlcode/RusLawOD> (дата обращения: 22.10.2019)

<sup>6</sup> Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 22.10.2019)

Не менее трудной задачей является сегментация правового текста на предложения. В правовых текстах нет предложений, оканчивающихся восклицательным или вопросительным знаком, поэтому использовалось разделение предложений только по наличию точки в тексте. Для качественной сегментации в текстах выделялись сокращения, даты, числа, записанные через точку, и такие точки не считались концом предложения. Списки и перечисления, в которых элементы выделены с новой строки, рассматривались как отдельные предложения.

Для вычисления метрик была проведена морфосинтаксическая разметка предложений. В ходе этой разметки для каждого слова и для каждого знака препинания определен ряд лингвистических свойств (начальная форма слова, использованная форма слова, место по отношению к главному и т.п.)<sup>7</sup>. Для работы использовались морфологический анализатор MyStem, программа частеречной разметки TreeTagger и анализатор зависимостей MaltParser.

## **2. Характеристика и значение лингвистических метрик для юридического текста**

Вычислительная лингвистика представляет возможность автоматизированного определения и подсчета множества метрик, связанных с текстом и предложением. Например, для русского языка Рейнольдс выделяет 179 различных метрик текста. Среди них он при помощи статистического метода выбирает 30 метрик, наиболее ценных по количеству информации для классификации сложности текстов [Reynolds R., 2016: 172].

Задача анализа правовых текстов имеет специфику. Тексты правовых актов существенно отличаются от литературных текстов и разговорного языка. Такие тексты менее разнообразны и существенно формализованы по стилю и содержанию. Если предположить, что правовой акт скорее всего будет читать подготовленный читатель, профессионал, имеющий базовые знания юридической терминологии, то для определения сложности текста можно не учитывать сложности терминологии. Поэтому, не затрагивая на данном этапе сложности используемых терминов, мы остановились на исчисляемых лингвистических характеристиках текстов.

Опираясь на приведенное выше статистическое исследование, тем не менее необходимо выбрать именно метрики, которые в наибольшей степени относятся к качеству юридического текста. Это можно сделать, учитывая смысл и значение той или иной метрики для особенностей правового тек-

---

<sup>7</sup> Данная работа проведена автоматизированным образом с помощью программ ru-syntax (Available at: URL: <https://github.com/tiefling-cat/ru-syntax>), подготовленного кафедрой компьютерной лингвистики НИУ ВШЭ.



ста. Далее мы приведем подробные сведения о выбранных исходя из этого метриках.

Если разбить предложение на токены, можно получить его длину в токенах. Под токенами понимаются слова, знаки препинания, числа<sup>8</sup>. Длина предложения в целом показывает сложность его восприятия. В правовых актах предложения бывают гораздо длиннее, чем в литературных текстах (например, более 100 слов), и такие предложения даже без дополнительного анализа можно назвать сложными и требующими возможного пересмотра. Отдельно можно выделить токены, которые представляют собой самостоятельные части речи: существительные, прилагательные, глаголы и наречия. Длину предложения можно высчитать в таких словах, опуская знаки препинания, числа и служебные части речи. Однако длины предложения недостаточно, чтобы показать все аспекты сложности предложений даже без учета смысла слов.

Такая характеристика, как лексическое разнообразие, представляет информацию о количестве одинаковых слов в предложении. Можно сказать, что она показывает, сколько раз допущены повторы одних и тех же слов. В юридических текстах часты повторы, которые объясняются строгостью формулировок различных названий субъектов права и составных терминов. Однако перегруженные повторами предложения трудно воспринимать, даже если они построены без ошибок с точки зрения правил русского языка и юридической техники. Поэтому мы выделяем этот вид метрик как один из основных для нашего исследования.

Лексическое разнообразие можно рассчитать различными способами, в том числе считая любые токены (type/token ratio, TTR) или только их определенные виды. При делении общего числа токенов на число уникальных токенов получается значение метрики, изменяющееся от 1 (все слова разные) до стремящейся к 0 величины. В данном исследовании для подсчета метрики предложений было использовано как количество уникальных токенов в целом (TTR), так и отдельно слов, представляющих собой самостоятельные части речи, приведенных к начальной форме слова, которое поделено на общее количество таких слов в предложении (content lemma type/token ratio, STlemTR). Это в итоге показывает разнообразие слов в предложении независимо от знаков пунктуации, предлогов, союзов и т.п.

В обычных текстах, например, при обучении русскому языку детей определенных возрастных групп или при обучении взрослых другому языку как иностранному увеличение лексического разнообразия показывает увели-

---

<sup>8</sup> В целом под токеном понимается выделенный в тексте минимальный фрагмент для последующего анализа (слово, число, знак препинания и т.д.). Здесь для получения токенов тексты разбиваются через пробел и отделяются знаки препинания.

чение сложности текста. Чем больше разных новых слов встречается читающему, тем сложнее ему воспринимать текст. Однако в правовых текстах частые повторы слов (меньшее разнообразие) дают обратный эффект — затруднение читаемости. Поэтому указанная метрика используется для изучения ухудшения читаемости за счет повторов слов в тексте.

Значение этой метрики связано с длиной предложения: чем длиннее предложение, тем больше вероятность повтора слов. В текстах для уменьшения влияния этого эффекта применяется сэмплирование (выбор отрезков текста одинаковой длины). Однако такой способ в случае предложений не имеет смысла. Тем не менее мы считаем измерение этой метрики допустимым для определения качества текста. Данная метрика покажет не столько чистое лексическое разнообразие, сколько лексическое разнообразие в его связи с длиной предложения. Длина предложения в правовом тексте также сказывается на его читаемости.

Максимальное расстояние между связанными частями предложения ( $\max\text{DepLen}$ ). Существует группа метрик, которые характеризуют сложность построения структуры предложения независимо от смысла каждого слова, входящего в него, или от их разнообразия. Структура предложения может быть изображена в виде дерева, в котором установлена связь подчинения между зависимыми членами предложения. О том, что метрики, связанные с деревом зависимостей, можно использовать для анализа юридического текста, уже давно упоминалось в литературе [Костенко М.А., 2005: 127]. Однако сейчас благодаря компьютерной лингвистике и машинному обучению стало возможно строить такие деревья не ручным способом по каждому предложению, а массово, на большом количестве текстов, при помощи автоматической обработки текста. В дискретной математике разработана и с успехом используется теория графов. Под графом понимается структура, состоящая из точек (вершины) и соединяющих их связей (рёбра). Такая структура может описать множество различных сетей: например, сети связи, сети железных дорог, и т.д. Она может использоваться для работы с деревом зависимостей членов предложения в тексте. Для работы с анализом графов разработано множество методов и соответствующее программное обеспечение, которое может использоваться и в нашем случае<sup>9</sup>. В рамках исследования дерева структуры предложения можно выделить несколько различных параметров, характеризующих это дерево. Так, можно исследовать длину и количество его ветвей в общей сумме, вычислять среднее или максимальное значение такой длины. Наиболее интересной метрикой, дающей больше информации о сложности текста, является максимальное число слов, лежащих

---

<sup>9</sup> В настоящем исследовании применена библиотека NetworkX для языка программирования Python.

между зависимыми членами предложения (maximum Dependency Length). Эта метрика говорит о том, сколько слов читатель должен «перескочить» в предложении, чтобы уяснить его смысл.

Предложение становится трудным для восприятия, если оно перегружено длинными словами. Ранжировать слова по сложности при этом можно, рассчитывая длину слова в слогах<sup>10</sup>. От использования некоторых длинных слов-терминов отказаться невозможно, но число длинных слов в предложении не должно быть большим. В связи с этим сложность текста также может характеризоваться средним числом слогов на слово. Этот параметр широко используется в формулах удобочитаемости.

Длинные предложения трудно воспринимать. Однако можно различать «технические» предложения, которые содержат только перечисления (списки) различных сущностей (наименований организаций, географических наименований, ФИО лиц, и пр.), и действительно сложно составленные длинные предложения, которые не образуют список.

«Технические» предложения невозможно оценивать с точки зрения их конструкции, а в целом их было бы правильнее оформлять не как предложение текста, а как список с нумерацией, таблицу или приложение. Поэтому такие предложения следует выделять.

Но помимо таких «технических» предложений есть и действительно сложно составленные длинные предложения. Авторы текстов могут соединять фактически разные предложения в одно при помощи знаков препинания (запятых, точек с запятой) и соединительных союзов. Это существенно затрудняет читаемость.

Чтобы разделить такие предложения, можно использовать метрику числа соединений, которая означает сумму числа запятых и соединительных союзов. При этом ее соотношение с длиной предложения в словах может выделить списки среди длинных перечислений.

### **3. Методика выбора трудно читаемых предложений**

Каким образом выделить из всего массива предложений такие, которые можно отнести к плохо читаемым на основании приведенных выше метрик? Необходимо определить диапазоны значений метрик, которые характеризуют предложение как плохо читаемое, а также решить вопрос, как сочетать значения разных метрик для отбора предложений.

Один из возможных способов определения — оценка предложений асессорами, т.е. людьми, которые читают случайно выбранные предложения и оценивают их согласно своему опыту. Однако такая методика имеет ряд не-

<sup>10</sup> Предполагается, что количество слогов равно количеству гласных букв.

достатков, например, трудоемкость и субъективизм оценщиков. Кроме того, избранный дизайн не включает оценку смысла слов предложений, а ассессорам будет сложно абстрагироваться от сложности смысла слов. Поэтому был избран другой способ — сравнить предложения между собой на основе статистики и отобрать такие, которые имеют худшие значения разных метрик относительно большинства. При такой методике мы опираемся на опыт всех лиц, которые составляли все тексты, и предполагаем, что большинство предложений написаны в среднем достаточно хорошо, а изучения требуют те, которые существенно отличаются от них. Также эта методика позволяет нам сделать выводы, не изучая смысла самих метрик и не прочитывая предложения. Однако сделать это путем сравнения только со средним значением нельзя: необходимо сделать поправку на возможную неоднородность распределения значений, а также заранее нужно убрать из рассмотрения длинные списки.

Поскольку в настоящем исследовании используются несколько разных метрик, каким образом можно определить плохое качество составления предложений правовых актов на основании каждой из них? В настоящем исследовании было выбрано два различных подхода. Во-первых, более широкая выборка предложений сформирована по одной метрике — длине предложения, однако с фильтрацией длинных перечислений. Во-вторых, еще точнее это возможно сделать, определив пересечение множеств и получить из «широкого» «узкий» массив предложений, обладающих существенной сложностью по всем избранным показателям одновременно. В итоге исследования были сформированы два таких массива предложений.

Избранная на втором этапе методика определения пересечения множеств предложений состоит, во-первых, в автоматической разбивке всех предложений на десять групп по каждой из сравниваемых метрик таким образом, что количество предложений в каждой группе примерно равно<sup>11</sup>. Затем последовательно выявляется число предложений, находящихся одновременно в группе с одним номером и выше по всем трем метрикам. На основании этого выбраны диапазоны значений каждой метрики для предложений, которые могут считаться плохо читаемыми. Эти значения указаны в следующем разделе настоящей статьи.

#### **4. Результаты создания выборки трудно читаемых предложений законодательства**

Сегментация всех текстов доступных правовых актов позволила нам выделить примерно 5,5 млн. предложений. При этом практически половина

---

<sup>11</sup> Эта операция производится функцией `Pandas qcut` на языке Python.

текстов состоит менее чем из 5 предложений. Средняя длина предложения — примерно 21 токен. Если длину предложения измерить в словах, представляющих собой самостоятельные части речи<sup>12</sup> — примерно 13 слов. Среднее число слогов по всем текстам 2.8. Что касается лексического разнообразия (TTR), более 470 тыс. показывают этот параметр ниже 0.5, что означает, что в них половина слов повторяется, или несколько слов встречаются очень часто.

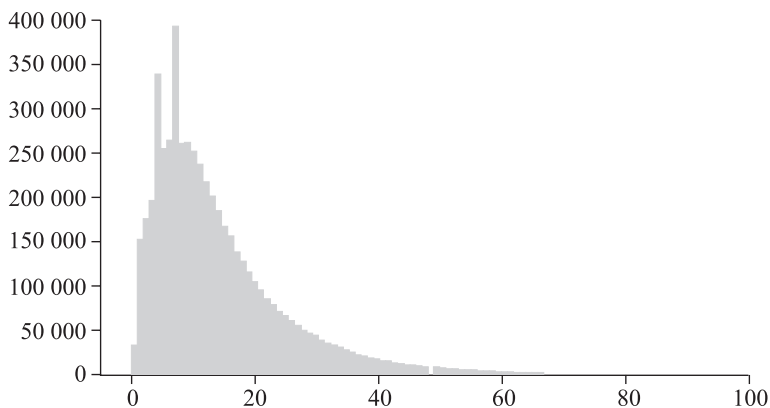
При том, что средние величины представляются нам небольшими, наблюдаются выбросы по значениям. Примерно 33 тыс. предложений достигают в длину 100 токенов и более. Длина зависимых связей более 30 слов (что существенно затрудняет восприятие) встречается в 285 тыс. предложений. Если предложение состоит из слов, среднее число слогов у которых выше 4, предложение можно считать более трудным для восприятия, чем подавляющее большинство предложений в тексте. Такое предложение состоит преимущественно из длинных слов, например, «совершенствования функционирования комплексных систем обеспечения безопасности жизнедеятельности населения». Подобных предложений 273 тыс., 190 тыс. предложений имеют длину более 40 слов. Для сравнения: в произведении Л.Н. Толстого «Анна Каренина», по нашим подсчетам, средняя длина предложения около 14 слов. Приведенные выше количества предложений невелики (до 5% общего числа), однако законодательные акты и акты судов высших инстанций составляют меньшую часть всех документов. Например, длинные предложения более 40 токенов уже составляют 17% предложений всех федеральных законов и более 51% предложений актов Конституционного Суда Российской Федерации.

В более широкую выборку включено около 40 тыс. предложений длиной более 60 слов, представляющих самостоятельные части речи. Количество 60 слов было выбрано на основании изучения гистограммы распределения количества слов по предложениям (рис. 1).

Выборка этих предложений также ограничена по лексическому разнообразию (разнообразии самостоятельных частей речи находятся в промежутке 0,95–0,4 и общее лексическое разнообразие (TTR) находятся в промежутке 0,95–0,29). Такие ограничения введены с учетом необходимости отбросить длинные списки различных сущностей. Эта выборка может быть самостоятельным предметом для изучения с точки зрения проверки юридической техники, смысла предложения, уместности длинных перечислений в одной строке.

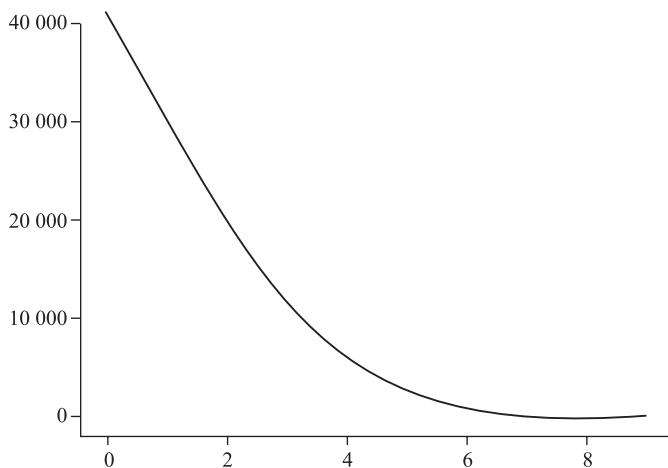
Как мы видим, предложения длиной более 60 слов — самостоятельных частей речи — встречаются очень редко по сравнению с общей массой, в связи с чем было выбрано такое значение.

<sup>12</sup> В данном случае это существительные, прилагательные, глаголы и наречия.



**Рис. 1.** Гистограмма распределения числа предложений по интервалам значений числа самостоятельных частей речи

**Примечание.** На рисунке по оси X значения числа слов в предложении, представляющих самостоятельные части речи, разделены на 100 интервалов. Граница интервала по оси X ограничена максимальным значением 100. Реальное значение максимума на таком графике без ограничения составило бы более 3000. По оси Y показано количество предложений, попадающих в соответствующий интервал с учетом указанных выше ограничений выборки.



**Рис. 2.** Число предложений, попадающих в соответствующие десятичные интервалы по трем метрикам

**Примечание.** По оси X указаны интервалы метрик, разбитые на 10 (децили), а по оси Y — количество предложений, попадающих одновременно в указанный дециль и хуже по трем метрикам. Так, в 0 дециль попадают все предложения, в последний (9) — 0 предложений. Численные значения: 40967, 29443, 20091, 11857, 6123, 2454, 782, 187, 18, 0. На основании графика было выбрано значение 6 дециля (787 предложений), однако выбор может быть расширен или сужен для нахождения большего или меньшего числа предложений.

На втором этапе из широкой выборки была выделена более узкая выборка в 782 предложения, которые одновременно входят в число наиболее некачественных по трем измеренным метрикам, показанным выше: максимальная длина зависимостей больше 61; средняя длина слова в слогах больше 2,9; разнообразие самостоятельных частей речи меньше 0,64. Эти промежутики выбраны исходя из анализа распределения количества предложений, попадающих в тот или иной интервал метрик во всей совокупности обработанных предложений, по методике, изложенной в предыдущем разделе.

В итоге сформированы две выборки трудно читаемых предложений. Они опубликованы на свободно доступном ресурсе GitHub13.

## 5. Примеры текстов и анализ содержания предложений, отнесенных к плохо читаемым

Во избежание существенного увеличения объема статьи мы не можем привести здесь примеры наиболее длинных предложений, длина которых исчисляется сотнями слов. Они опубликованы по указанной ссылке. Ограничимся лишь ссылками на документы. Так, например, Постановление Правительства Российской Федерации<sup>14</sup> содержит предложение длиной 294 токена. Федеральный закон от 31.12.2007 N 504-ФЗ<sup>15</sup> содержит предложение длиной 298 токенов. В основополагающем в своей отрасли Федеральном законе «Об образовании в Российской Федерации»<sup>16</sup> допущено предложение с длиной дерева зависимостей более 200 слов и разнообразием менее 0,1 и т.д.

Два не столь длинных предложения (около 65 токенов в длину) можно привести в пример для наглядной иллюстрации низкого лексического разнообразия за счет повторов слов. Из федерального закона:

«В целях координации деятельности и контроля за выполнением соглашения о создании **территории опережающего социально-экономического развития**, содействия в реализации проектов резидентов **территории опе-**

<sup>13</sup> Как подраздел информационного ресурса Russian Law as Open Data. Available at: URL: <https://github.com/irlcode/RusLawOD> (дата обращения: 23.10.2019). Обе указанные части представляют собой таблицы, в строке которых приведено предложение и все измеренные метрики по этому предложению, а также метаданные (из какого документа извлечено предложение).

<sup>14</sup> Постановление «Об утверждении Правил предоставления (использования, возврата) из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации бюджетных кредитов на 2016 год» от 27.01.2016 N 40 // СЗ РФ. 2016. N 5. Ст. 708.

<sup>15</sup> Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 31.12.2007 N 504-ФЗ // СЗ РФ. 2018. N 1 (ч. I). Ст. 88.

<sup>16</sup> Федеральный закон «Об образовании в Российской Федерации» от 29.12. 2012 N 273-ФЗ // СЗ РФ. 2012. N 53 (ч. I). Ст. 7598.

**режающего социально-экономического развития**, проектов иных инвесторов, оценки эффективности функционирования **территории опережающего социально-экономического развития**, а также в целях рассмотрения и утверждения перспективных планов **развития территории опережающего социально-экономического развития**, осуществления контроля за реализацией этих планов создается наблюдательный совет **территории опережающего социально-экономического развития**»<sup>17</sup>.

Из подзаконного нормативного акта: «Решение о выплате единовременного поощрения **руководителю** территориального органа Росаккредитации принимается **Руководителем**, заместителю **Руководителя** принимается **Руководителем**, решение о выплате единовременного поощрения **руководителю** структурного подразделения принимается **Руководителем** по представлению заместителя **Руководителя**, осуществляющего координацию деятельности структурного подразделения, решение о выплате единовременного поощрения другим гражданским служащим Росаккредитации принимается **Руководителем** по представлению **руководителя** структурного подразделения, согласованного с заместителем **Руководителя**, осуществляющим координацию деятельности структурного подразделения»<sup>18</sup>.

Как мы видим, повторы одних и тех же слов едва ли позволяют после первого прочтения уяснить смысл предложения, хотя сам смысл не сложен и предложение не содержит ошибок в использовании языка. Рассмотрев эти предложения, отметим два аспекта проблемы: во-первых, не изменяя ничего в существе их текста, технически текст можно было бы переписать гораздо проще и понятнее; во-вторых, в первом предложении допущены абстракции — координация, контроль, попытка дать создаваемому органу полномочия, но не вполне определенная. Это касается уже не только технического, но и юридического качества текста. Важно подчеркнуть, что недостатки технического качества предложений сопутствуют некачественным в правовом смысле текстам.

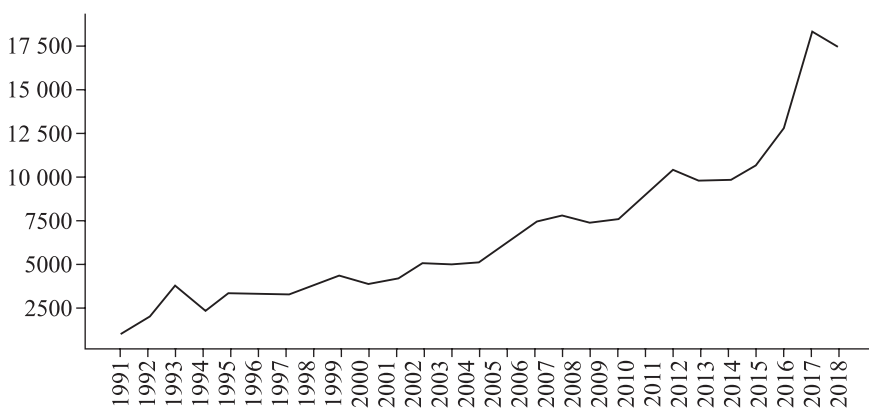
Время, необходимое для прочтения и осознания сложных предложений, является критическим фактором, в связи с которым не следует допускать

<sup>17</sup> Федеральный закон «О территориях опережающего социально-экономического развития в Российской Федерации» от 29.12.2014 N 473-ФЗ // СЗ РФ. 2015. N 1 (ч. I). Ст. 26.

<sup>18</sup> Из Приказа Росаккредитации от 05.02.2018 N 22 «Об утверждении Положения о порядке выплаты ежемесячной надбавки к должностному окладу за особые условия федеральной государственной гражданской службы, ежемесячной надбавки к должностному окладу за выслугу лет на федеральной государственной гражданской службе, материальной помощи, единовременной выплаты при предоставлении ежегодного оплачиваемого отпуска, премирования за выполнение особо важных и сложных заданий, единовременного поощрения за безупречную и эффективную федеральную государственную гражданскую службу федеральным государственным гражданским служащим Федеральной службы по аккредитации». Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru>, N 0001201803210011 (дата обращения: 21.03.2018)



сложных предложений. Автор не проводил масштабной оценки времени понимания найденных предложений ассессорами, однако для примера было взято одно из предложений и измерено время чтения — более минуты. В ходе одного прочтения его содержание все равно было невозможно установить: "... предписания, обязательные для исполнения территориальной сетевой организацией, оказывающей услуги по передаче электрической энергии, организацией, осуществляющей холодное водоснабжение и (или) водоотведение (организация водопроводно-канализационного хозяйства), организацией, осуществляющей горячее водоснабжение, газораспределительной организацией, теплоснабжающей организацией при осуществлении деятельности в рамках исчерпывающих перечней процедур в сферах строительства, утвержденных Правительством Российской Федерации в соответствии с частью 2 статьи 6 Градостроительного кодекса Российской Федерации, о совершении действий, направленных на устранение нарушений порядка осуществления в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, являющихся субъектами градостроительных отношений, процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства, в том числе предписания о заключении договоров, об изменении условий договоров или о расторжении договоров в случае, если лицами, права которых нарушены или могут быть нарушены, было заявлено соответствующее требование..."<sup>19</sup>.



**Рис 3.** Количество предложений, состоящих более чем из 40 слов по годам

**Примечание.** По оси X указан год подписания правового акта, по оси Y указано среднее число предложений, состоящих из более чем 40 слов, представляющих самостоятельные части речи.

<sup>19</sup> Из Постановления Правительства РФ от 25.12.2015 N 1429 «Об изменении и признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. N 1 (ч. II). Ст. 239.

Выборку плохо читаемых предложений также проанализируем статистическими методами.

Сравнив число длинных предложений в законодательстве за каждый год, мы видим, что оно существенно (в пять раз) возросло по сравнению с первыми годами современной российской государственности (рис. 1). Количество ежегодно принимаемых актов увеличивается объективно, но если бы предложения были составлены качественно, оно не росло бы из года в год.

Предполагая, что слишком длинные предложения ухудшают качество текста для восприятия, можно связать данные об органе власти, принимающем правовые акты, с массивом предложений (по идентификатору документа, в котором обнаружено предложение). Так можно увидеть органы власти, принимающие плохо читаемые предложения (табл. 1).

Таблица 1

**Виды документов по наибольшему числу предложений  
длинной более 40 токенов**

Вид документа	Пред- ложений всего	Предложений больше 40 токенов
Постановление Конституционного Суда	26181	28938 (53%)
Определение Конституционного Суда	21922	22008 (50%)
Приказ Федерального казначейства	9360	2126 (19%)
Приказ Федеральной службы по финансовым рынкам	26108	5551 (18%)
Федеральный закон	390926	83011 (18%)
Постановление Совета Федерации	73611	14893 (17%)
Федеральный конституционный закон	6628	1278 (16%)
Постановление Совета Министров РСФСР	8175	1567 (16%)
Приказ Министерства по налогам и	18402	3502 (16%)
Приказ Федеральной службы по тарифам	7214	1339 (16%)
Приказ Следственного комитета	5519	1022 (16%)
Приказ Министерства финансов	70328	12992 (16%)
Приказ Министерства по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства	5959	1068 (15%)
Приказ Министерства строительства и жилищно- коммунального хозяйства	8815	1547 (15%)
Приказ Государственной фельдъегерской службы	7867	1355 (15%)
Приказ Федеральной службы по надзору в сфере за- щиты прав потребителей и благополучия человека	6435	1057 (14%)
...		

Вид документа	Пред- ложений всего	Предложений больше 40 токенов
Постановление Правительства	924297	146726 (14%)
Кодекс	40566	5484 (12%)
Закон Российской Федерации*	17539	2034 (10%)
...		
Распоряжение Президента	55928	3723 (6%)
Указ Президента	644981	23639 (4%)

**Примечание.** Таблица приведена с сокращениями. Закон Российской Федерации — вид законодательного акта, принимавшийся до вступления в силу действующей Конституции России, после чего стали приниматься федеральные законы.

Подсчет количества предложений по тематикам Общеправового классификатора законодательства, связанным с соответствующими документами, дает такое распределение по тематикам (табл. 2).

Таблица 2

### Количество трудночитаемых предложений по тематикам

Код тематики	Название тематики	Коли- чество
010.140.030.010.000	Отмена, изменение и дополнение нормативных правовых актов	11901
	Не определено	10345
010.140.040.025.000	Соответствие Конституции Российской Федерации федерального законодательства	5800
010.140.040.045.040	Правила, инструкции, указания, порядки и иные решения	4898
020.050.000.000.000	Обращения, заявления и жалобы граждан	3593
080.080.030.020.000	Формы финансовой помощи (субвенции, дотации, ссуды, субсидии)	2218
030.030.040.020.060	Акционерное общество	1655
010.140.040.045.020	Иные положения (Учет и систематизация нормативных правовых актов)	1641
020.010.020.020.000	Компетенция (Правительство Российской Федерации)	1631
080.050.010.000.000	Общие положения (Федеральный бюджет)	1431
090.010.070.020.000	Электроэнергия. Распределение, лимиты	1269
120.030.080.000.000	Предоставление информации. Информационные услуги	1244

Код тематики	Название тематики	Количество
020.030.020.040.000	Целевые программы (комплексные)	1099
020.010.040.030.250	Министерство финансов Российской Федерации	1083
080.100.010.000.000	Общие положения (Налоги и сборы)	1075
010.150.010.000.000	Общие положения (Местное самоуправление)	1041
080.060.020.000.000	Доходы бюджетов субъектов Российской Федерации	1023
080.110.020.010.000	Центральный банк Российской Федерации	994
080.080.020.020.000	Пенсионный фонд Российской Федерации	979
180.060.010.000.000	Общие положения (Уголовный процесс)	945

**Примечание.** В таблице представлены тематики Общеправового классификатора законодательства в той форме, как они опубликованы на Официальном интернет-портале правовой информации. У одного документа может быть более одной тематики, и в одном документе может быть более одного предложения, попавшего в выборку.

Современный метод извлечения информации из текстов<sup>20</sup> позволяет выделить наиболее устойчивые словосочетания, характерные для всего массива предложений. Это делает возможным определить, какие словосочетания в нем повторяются чаще всего (табл. 3).

Таблица 3

**Словосочетания, наиболее часто встречающиеся  
в плохо читаемых предложениях**

Словосочетание	Число
Российской Федерации	10957
том числе	2682
федерального бюджета	674
установленном порядке	663
Федеральным законом	536
Постановлением Правительства Российской Федерации	513
местного самоуправления	498
субъектов Российской	487
электрической энергии	476

<sup>20</sup> Для решения этой задачи использовано программное обеспечение Gensim (Available at: <https://radimrehurek.com/gensim/models/phrases.html> (дата обращения: 10.02.2020)), основанное на работах [Mikolov et al., 2013: 3111-3119]; [Bouma, G, 2009:31-40].

Словосочетание	Число
федерального закона	470
может быть	464
субъекта Российской	432
Конституционный Суд Российской Федерации	423
субъектов Российской Федерации	395
соответствии законодательством Российской Федерации	394
юридического лица	377
таким образом	375
заменить словами	372
Правительства Российской	367
ценных бумаг	357
федерации далее	353
Конституции Российской Федерации	348
федеральных органов исполнительной власти	344
субъекта Российской Федерации	339
юридических лиц	328
территории Российской Федерации	326
акционерного общества	322
МВД России	319
внутренних дел Российской Федерации	312
денежных средств	306
ликвидации последствий стихийных бедствий	306
государственной регистрации	306
муниципального образования	304
целях обеспечения	302

**Примечание.** В таблице показано количество найденных коллокаций (словосочетаний), наиболее часто употребляемых в выборке трудно читающихся предложений. Для их выделения использован алгоритм взвешивания NPMI, реализованный в программном пакете Gensim. Для выявления коллокаций использовалась предварительная фильтрация стоп-слов и не использовалась лемматизация (приведение к начальной форме слова). Показаны только коллокации, которые встречаются 300 и более раз.

Из данных таблицы следует, что прежде всего и главным образом допускаются повторы словосочетания «Российская Федерация». Также используемый метод дает результаты, похожие на результаты анализа назначенных вручную тематик классификатора, что говорит о высокой эффективности

современных методов извлечения информации из текстов. Использованное программное обеспечение и выбранные параметры также могут варьироваться для решения более узких задач.

## **Заключение**

Для совершенствования правового регулирования, правоприменения и правореализации важно понимать причины, которые ведут ко все большему усложнению предложений в законодательных и судебных актах, несмотря на наличие лингвистической экспертизы, методических рекомендаций. Они имеют не только технико-лингвистические причины. Один из подходов к объяснению виден в анализе текстов решений Конституционного Суда, выполненном А. Дмитриевой, где автор показывает, что ухудшение метрик читаемости происходит в текстах, где отказано заявителю [Дмитриева А.В., 2017: 125–133]. Выше также приводился пример исследования в США, где показана зависимость сложности текста от того, изменяется ли прецедент судом [Owens R., Wedeking J., 2011: 1027–1061]. Таким образом, стилистика юридического текста зависит от его содержания или от особенностей автора. Важную теоретическую базу для этого дает такая наука, как психолингвистика. Например, психолингвистические исследования связывают лексическое разнообразие в речи и искажение смысла сказанного [Dulaney E., 1982: 75–82]. «Формальные» лингвистические метрики могут косвенно говорить о тех или иных мотивах автора текста, таких как создание двойных смыслов текста, сокрытие истинных намерений, или излишнее желание показать свой авторитет.

Исследуя стиль шведского законодателя, Б. Гуннарссон отмечает, что условия, в которых был написан текст, оказывают большое влияние на то, как написан этот текст. Недостаточно проводить лингвистическую экспертизу конечного результата — для того, чтобы создавать более понятные правовые тексты, необходимо реформировать сам процесс их принятия [Gunnarsson B., 1989: 86–107].

Являются ли необходимыми атрибутами официально-делового стиля законодательного текста и текста высших судебных инстанций частые формальные повторы одинаковых словосочетаний, например, «Российская Федерация», и длина выражений, исчисляемая сотнями слов? Или они скрывают мотивы, не отражаемые в тексте, а иногда и некомпетентность составителя текста? Опубликованный информационный ресурс, содержащий трудночитаемые тексты законодательства, может помочь юристам и лингвистам найти причины ухудшения качества текстов и исправить ситуацию.



## Библиография

- Белов С.А., Блинова О.В., Гулида В.Б. и др. Корпус русских локальных документов и актов CogRIDA: цели формирования, состав, структура / Компьютерная лингвистика и вычислительные онтологии. Сборник статей. Выпуск 2. СПб.: ИТМО, 2018. С. 114–123.
- Губаева Т.В. Язык и право. Искусство владения словом в профессиональной юридической деятельности. М.: Норма, 2004. 160 с.
- Дмитриева А.В. «Искусство юридического письма»: количественный анализ решений Конституционного Суда Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2017, N 3. С. 125–133.
- Исаков В.Б. Язык права / Юрислингвистика-2: Русский язык в естественном и юридическом бытии: межвуз. сб. Барнаул: Алтайский государственный университет, 2000. С. 72–89.
- Костенко М.А. Правовая лингвистика в законотворческом процессе // Известия ЮФУ. Технические науки. 2005. N 9. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-lingvistika-v-zakonotvorchestvom-protseste> (дата обращения: 22-10-2019)
- Крюкова Е.А., Крыжановская Л.А. Методические рекомендации по лингвистической экспертизе законопроектов. М.: Государственная Дума, 2013. 40 с.
- Поляков А.В. Язык нормотворчества и вопросы юридической техники / Комментарий к Федеральному закону «О государственном языке Российской Федерации». Часть 1. Доктринальный и нормативно-правовой комментарий. СПб.: СПбГУ, 2009. С. 16–28.
- Степанов О.А. О проблеме конкретизации права в условиях цифровизации общественной практики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. N 3. С. 4–23.
- Фуллер Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. 308 с.
- Шашек В.В., Харченко Н.А. Проблема ясности языка законодательства и множественности интерпретаций текстов законов (на материале статей Гражданского Кодекса Российской Федерации) // Молодой ученый. 2016. N 7. С. 1191–1196.
- Assy R. Can the Law Speak Directly to Its Subjects? The Limitation of Plain Language. *Journal of Law and Society*, 2011, no 3, p. 376–404.
- Bouma G. Normalized (pointwise) mutual information in collocation extraction / *Proceedings of the Biennial GSCL Conference*. Potsdam, 2009, pp. 31–40.
- Coleman B., Phung Q. The Language of Supreme Court Briefs: A Large-Scale Quantitative Investigation. *J. App. Prac. & Process*, 2011, vol. 11, pp. 75–103.
- De Friez B. Toward a Clearer Democracy: The Readability of Idaho Supreme Court Opinions as a Measure of the Court's Democratic Legitimacy: PhD thesis. Moscow City, 2017, 144 p.
- Dulaney E. Changes in language behavior as a function of veracity. *Human Communication Research*, 1982, no 1, pp. 75–82.
- Engberg J. Legal linguistics as a mutual arena for cooperation: Recent developments in the field of applied linguistics and law. *AILA Review*, 2013, no 1, pp. 24–41.
- Giampieri P. Is the European Legal English Legalese-Free. *Italian J. Pub. L.*, 2016, vol. 8, pp. 424–450.
- Gunnarsson B. Text comprehensibility and the writing process: The case of laws and lawmaking. *Written communication*, 1989, no 1, pp. 86–107.

Lundeberg M. Metacognitive Aspects of Reading Comprehension: Studying Understanding in Legal Case Analysis. *Reading Research Quarterly*, 1987, no 4, pp. 407–432.

Livermore M., Rockmore D. (eds.) *Law as Data: Computation, Text, and the Future of Legal Analysis*. Santa Fe: New Mexico Institute Press, 2012, 526 p.

Mikolov T. et al. Distributed representations of words and phrases and their compositionality. *Advances in neural information processing systems*, 2013, vol. 26, p. 3111–3119.

Owens R., Wedeking J. Justices and legal clarity: Analyzing the complexity of US supreme court opinions. *Law & Society Review*, 2011, no 4, pp. 1027–1061.

Reynolds R. *Russian Natural Language Processing and Computer-assisted Language Learning*. PhD thesis. Tromsø: Universitet, 2016, 172 p.

Smith D., Richardson G. The Readability of Australia's Taxation Laws and Supplementary Materials: An Empirical Investigation. *Fiscal Studies*, 1999, no 3, pp. 321–349.

Waltl B., Matthes F. Comparison of Law Texts. An Analysis of German and Austrian Legislation regarding Linguistic and Structural Metrics. Paper presented at Internationales Rechtsinformatik Symposium. 2015. Available at: <https://www.matthes.in.tum.de/pages/1occngdfehma2/Comparison-of-Law-Texts-An-Analysis-of-German-and-Austrian-Legislation-regarding-Linguistic-and-Structural-Metrics> (дата обращения: 22-10-2019)

---

## **Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1**

### **A Study in Complexity of Sentences Constituting Russian Federation Legal Acts**



**Denis Saveliev**

Researcher, Institute for Implementing Law, European University in Saint Petersburg, Candidate of Juridical Sciences. Address: 6/1 Gagarinskaya Str., Saint Petersburg 191887, Russian Federation. E-mail: dsaveliev@eu.spb.ru



#### **Abstract**

To ensure proper law enforcement, the fact of official publication of regulatory acts is not enough. What is important is the clarity of legal texts, their accessibility for understanding. Linguistic and legal quality of the text are interconnected. Creation of a text that is good from the point of view of linguistics will contribute to a clearer formulation of ideas embodied in a legal or judicial act. Linguistic aid after the creation of the draft act is insufficient. It is necessary to take into account recommendations for the clear writing of texts at the stage of creating a legal act. The methodology and results of a study of Russian legislation texts carried out in order to improve law enforcement and mobilization, to reduce the time spent on the perception of legal norms, and to improve the quality of legal acts are presented. A corpus of texts from 199 thousand legal acts was used. Its texts were segmented into 5.5 million sentences. Using artificial intelligence technologies, morphosyntactic markup of sentences with the allocation of parts of speech and their properties was carried out. On this basis, the metrics of the lexical and syntactic complexity of each sentence were calculated: length, lexical diversity, lengths of dependencies of parts of speech (Dependency Length), word lengths in syllables, etc. Metrics were selected that quantified the complexity of sentences in a legal text, which is different from the literary text. A technique is proposed for the automated search of



sentences that can be attributed to the most difficult to read without the use of manual labor. On the basis of this work, a body of poorly readable sentences of legal acts was created and published in the public domain, consisting of a wider selection — too long sentences and narrower — sentences that differ for the worse from the majority in three metrics at the same time. This corpus is analyzed statistically and the authorities that write more difficult are identified, and the subjects of documents in which there are more complex written sentences. It is shown that the number of long sentences in the legislation has significantly (5 times) increased in comparison with the first years of modern Russian statehood. Half of the sentences from acts of the Constitutional Court of the Russian Federation consist of more than 40 tokens. Using the NPMI method, the most frequently occurring phrases and phrases that characterize the subject of the text are selected from the body. The published corpus may become a subject for more detailed work on improving the legal technique and content of legal and judicial acts.



### Keywords

legal information; lawmaking; lawmaking procedure; legal act; corpus linguistics; proofreading; lexical variability; open data; computational linguistics; text mining.

**Acknowledgments:** The work is supported by the Russian Science Foundation, project N 17-18-01618.

Author thanks for methodological aid to D. Skugarevsky, R. Kuchakov and to all researchers of the Institute for Implementing Law of European University in Saint Petersburg for their recommendations.

**For citation:** Saveliev D.V. (2020) A Study in Complexity of Sentences Constituting Russian Federation Legal Acts. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 50–74 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.50.74



### References

- Assy R. (2011) Can the Law Speak Directly to Its Subjects? The Limitation of Plain Language. *Journal of Law and Society*, no 3, pp. 376–404.
- Belov S.A. et al. (2018) *Corpus of Russian local documents and acts CorRIDA: aims, contents, structure*. Saint Petersburg: ITMO Press, pp. 114–123 (in Russian)
- Bouma G. (2009) Normalized (pointwise) mutual information in collocation extraction. *Proceedings of the Biennial GSCL Conference*, pp. 31–40 (in Russian)
- Coleman B., Phung Q. (2010) The Language of Supreme Court Briefs: A Large-Scale Quantitative Investigation. *J. App. Prac. & Process*. Vol. 11. P. 75–103.
- De Friez B. (2017) *Toward a Clearer Democracy: The Readability of Idaho Supreme Court Opinions as a Measure of the Court's Democratic Legitimacy*. PhD Thesis. Moscow City (Idaho), 144 p.
- Dmitrieva A.V. (2017) Art of legal writing: quantitative analysis of decisions of the Russian Constitutional Court. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie*, no 3, pp. 125–133 (in Russian)
- Dulaney E. (1982) Changes in language behavior as a function of veracity. *Human Communication Research*, no. 1, pp. 75–82.
- Engberg J. (2013) Legal linguistics as a mutual arena for cooperation: Recent developments in the field of applied linguistics and law. *AILA Review*, no 1, pp. 24–41.

- Fuller L. (2007) *Moral of law*. Moscow: IRISEN, 308 p. (in Russian)
- Giampieri P. (2016) Is the European Legal English Legalese-Free. *The Italian Journal of Public Law*, no 8, p. 424.
- Gubaeva T.V. (2004) *Language and law. Art of words in professional legal activity*. Moscow: Norma, 160 p. (in Russian)
- Gunnarsson B. (1989) Text comprehensibility and the writing process: The case of laws and lawmaking. *Written communication*, no 1, pp. 86–107.
- Isakov V. B. (2000) Language of law. *Yurislíngvistika: Russian language in its natural and juridical being*. Barnaul: University, pp. 72–89 (in Russian)
- Kostenko M.A. (2005) Legal language in legislative procedure. Available at: URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-lingvistika-v-zakonotvorchestvom-protseesse> (accessed: 22-10-2019)
- Kryukova E.A., Kry'zhanovskaya L.A. (2013) Methodological recommendations on the linguistic examination of drafts. Available at: URL: [http://www.gosduma.net/analytics/publication-of-legal-department/Metod\\_lingvo.pdf](http://www.gosduma.net/analytics/publication-of-legal-department/Metod_lingvo.pdf) (accessed: 22-10-2019)
- Lundeberg M. (1987) Metacognitive Aspects of Reading Comprehension: Studying Understanding in Legal Case Analysis. *Reading Research Quarterly*, no 4, pp. 407–432. Available at: [www.jstor.org/stable/747700](http://www.jstor.org/stable/747700) (accessed: 22-10-2019)
- Livermore, M., Rockmore D. (eds.) (2019) *Law as Data: Computation, Text, and the Future of Legal Analysis*. Santa Fe: Institute Press, 526 p.
- Mikolov T. et al. (2013) Distributed representations of words and phrases and their compositionality. *Advances in neural information processing systems*, vol. 26, pp. 3111–3119.
- Owens R., Wedeking J. (2011) Justices and legal clarity: Analyzing the complexity of US Supreme Court opinions. *Law & Society Review*, no 4, pp. 1027–1061.
- Polyakov A.V. (2009) Language of legal acts and legal mechanics. A doctrinal and normative commentary to the Federal Law “On State Language of Russia”. Saint Petersburg: University, pp. 16–28 (in Russian)
- Reynolds R. (2016) Russian Natural Language Processing and Computer-assisted Language Learning: Capturing the benefits of deep morphological analysis in real-life applications. PhD thesis. 172 p. Available at: <https://munin.uit.no/bitstream/handle/10037/9685/thesis.pdf>. (accessed: 22-10-2019)
- Shashek V.V., Kharchenko N. A. (2016) Clarity of legislation in the interpretations of texts of laws. *Molodoy ucheniy*, no 7, pp. 1191–1196 (in Russian)
- Smith D., Richardson G. (1999) The Readability of Australia's Taxation Laws and Supplementary Materials: An Empirical Investigation. *Fiscal Studies*, no 3, pp. 321–349.
- Stepanov O.A. (2018) Specifying law in the conditions of public practice. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 4–23 (in Russian)
- Waltl B., Matthes F. (2015) Comparison of Law Texts — An Analysis of German and Austrian Legislation regarding Linguistic and Structural Metrics. Paper presented at the IRIS: Internationales Rechtsinformatik Symposium 2015. Available at: <https://www.matthes.in.tum.de/pages/1occnngdfehma2/Comparison-of-Law-Texts-An-Analysis-of-German-and-Austrian-Legislation-regarding-Linguistic-and-Structural-Metrics> (accessed: 22-10-2019)

# Типология моделей правового регулирования налогообложения добавленной стоимости



**Д.Г. Бачурин**

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



## Аннотация

Статья освещает вопросы идеологии правового регулирования налогообложения добавленной стоимости, которые формируют два основных аспекта исследования: выявление глубинной сущности налогообложения добавленной стоимости и определение места российской модели правового механизма НДС в многообразии национальных моделей налогообложения добавленной стоимости. В работе впервые предложена типология правовых механизмов налогообложения добавленной стоимости, в которой на основе анализа международной феноменологии юридического регулирования налогообложения выделены основные модели правового механизма налогообложения добавленной стоимости: западноевропейская модель (регулятивная); восточноевропейская (периферийная); нейтральная (подражательная); группа национальных моделей наиболее крупных государств с ярко выраженными индивидуальными особенностями, каждая из которых приближается к одной из вышеназванных. В выдвинутой классификации главным является вопрос, в какой степени сложившийся правовой механизм НДС соответствует общественным потребностям, сочетающимся с интересами экономической эффективности. Оценка результатов правового регулирования налогообложения добавленной стоимости указывает, что регулятивная западноевропейская модель применяется в условиях современного высокотехнологичного производства в парадигме неразрывного единения материальных и этических структур современного западноевропейского государства, их связанности базовыми политико-правовыми идеями собственности и общего блага. Правовой механизм налогообложения добавленной стоимости, действующий в ограничениях периферийной восточноевропейской модели (к которой можно отнести правовое регулирование НДС в России), становится в итоге инструментом финансово-правового сдерживания стран с реформируемой экономикой, правительства которых увлекаются НДС-обложением. Анализ налогово-правовых воздействий западноевропейской и восточноевропейской моделей свидетельствует, что пока состояние производительных сил не позволяет развивать социальные отрасли хозяйства, переход к активному правовому механизму налогообложения добавленной стоимости вызывает деструктивные экономико-правовые трансформации, сдерживающие развитие страны. Исследование типологии моделей рассматриваемого механизма позволяет сформулировать вывод, что в российских социально-экономических условиях более предпочтительно применение нейтральной модели правового регулирования НДС.

## **Ключевые слова**

налоговое право, НДС, правовой механизм, методология налогообложения добавленной стоимости, регулятивная модель НДС, периферийная модель НДС, нейтральная модель НДС.

---

---

**Для цитирования:** Бачурин Д.Г. Типология моделей правового регулирования налогообложения добавленной стоимости// Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 75–97.

УДК: 34

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.75.97

## **Введение**

Определение позиции российского правового регулирования НДС в многообразии национальных моделей налогообложения добавленной стоимости позволяет наметить наиболее рациональную траекторию развития российского правового механизма налогообложения добавленной стоимости. Решение этой задачи возможно путем составления обобщенной классификации наиболее выраженных правовых конструкций НДС, применяемых в зарубежных странах.

Предлагаемый подход состоит в исследовании возникновения, функционирования и развития правового регулирования НДС, а также определения сущности выявляемых закономерностей через формулирование содержательных принципов и общих подходов, раскрытие юридического смысла на первый взгляд неправовых фактов и явлений, имеющих тем не менее решающее значение в выборе национальных правил перераспределения добавленной стоимости.

Опыт правового регулирования НДС, в котором накоплен обширный фактический материал, обладающий синтезирующим началом, позволяет выделить достаточно оснований и характеристик для классификации моделей правового механизма налогообложения добавленной стоимости. При этом базовым вопросом классификации становится определение того, в какой степени соответствует фактически сложившийся правовой механизм НДС объективным потребностям социально-экономического развития общества и умножения общего блага.

М. Вебер отмечал, что к наиболее важным компонентам, обеспечивающим капиталистический интерес, «следует отнести рациональную структуру права и управления, ибо современный рациональный промышленный капитализм в такой же степени, как в исчисляемых технических средствах производства, нуждается в рационально разработанном праве и управле-

нии на основе твердых формальных правил, без которых может обойтись авантюристический, спекулятивно-торговый капитализм и политически обусловленный капитализм всевозможных видов, но не рациональное частно-хозяйственное предприятие с его основным капиталом и точной калькуляцией» [Вебер М., 2011: 10]. Утверждение о необходимости рационального правового регулирования экономических отношений во всей своей полноте применимо и к налогообложению добавленной стоимости как налоговой компоненте современного западного капитализма. При этом следует оговориться, что в таком качестве НДС эффективно «работает» лишь в социально-экономическом пространстве развитых стран Западной Европы.

### **1. Результаты исследований правового регулирования НДС, проводимых в странах с различным уровнем экономического развития**

С середины 1980-х гг. тематика НДС попадает в сферу приоритетных теоретических разработок американских исследователей. В основном такие работы выполняются в русле эконометрической методологии и ориентированы на выявление фискального потенциала правового механизма НДС применительно к особенностям той или иной категории стран или отдельных государств. Наиболее авторитетные авторы весьма критически высказываются о налогообложении добавленной стоимости.

В качестве крайне неэффективного и сомнительного шага рассматривают переход на систему НДС для экономик с высокой долей теневого сектора М. Емран и Д. Стиглиц [Emran M., Stiglitz J., 2005: 596–603]. Т. Бонсгаард и М. Кин считают, что введение НДС в целях компенсации потерь от либерализации внешней торговли оказалось полезным развитым и среднеразвитым государствам, но невыгодным развивающимся и, в особенности, слаборазвивающимся стран, для которых более предпочтительной является политика таможенных платежей [Baunsgaard T., Keen M., 2005: 3–23]. Анализируя результаты налоговых практик 111 стран более чем за 25 лет, указанные авторы сообщают, что в странах со средним доходом правовой механизм НДС восстанавливает бюджетные поступления в размере 45–60 центов за каждый доллар потерянных торговых таможенных сборов; чрезвычайно слабо НДС замещает потери от отмены таможенных платежей в странах с низким доходом — восстанавливается не более 30 центов на каждый доллар.

О налогообложении добавленной стоимости как возможности дополнительного увеличения бюджетных поступлений для группы стран со средним уровнем развития ведут речь Дж. Паган, Г. Сойдемир и Я. Тиерина-Гуаярдо [Pagan J., Soydemir G., Tijerina-Guajardo J., 2001: 407–428]. Детальный анализ

эффективности правового механизма НДС в налоговой системе Бангладеш обнаруживает регрессный эффект от замены ранее имевшихся косвенных налогов на НДС [Hossain S., 1995: 411–30].

Используя расчетную модель общего равновесия (computable general equilibrium) при определении результативности НДС в США, Ч. Бэллард и Дж. Шоувен приходят к выводу о росте корпоративных расходов и относительно низких показателях смягчения неблагоприятного дистрибутивного воздействия [Ballard C., Shoven J., 1987: 109–129].

Л. Котликофф и Л. Саммерс, а также Р. Боудвей и М. Кин, исследуя влияние НДС, отмечают, что НДС-нагрузка может распространяться не только на потребителей, но и передаваться поставщикам средств производства [Boadway R., Keen M., 2000: 677–789]; [Kotlikoff L., Summers L., 1987: 1043–1092]. Таким образом, распределение НДС имеет сложный дизайн и налог может быть преднамеренно использован для сверхвысокого обложения производителей. Например, в ситуации конкуренции с более дешевой импортной продукцией местная промышленность лишается возможности переложения налога на покупателя.

Полученные результаты убеждают элиту США, что НДС не приемлем для них в качестве оптимального института налогообложения. Ни Конгресс США, ни американский президент не выдвигают инициативы об обсуждении предполагаемой возможности введения данного вида налогообложения. Известно, что когда Президент У. Клинтон задал экспертам вопрос об НДС, он получил ответ, что при введении НДС показатель налогового бремени страны увеличивается почти на 40%. Выводы американских экономистов чрезвычайно важны для выработки решений в отношении других государств. В логике данных рекомендаций решаются взаимосвязанные задачи открытия рынков развивающихся стран для транснационального, прежде, американского торгового-финансового капитала, и ограничения производственного потенциала стран-конкурентов через преимущественное НДС-обложение труда и прибыли.

За пределы фискально-ориентированной интерпретации итогов экономико-математического моделирования НДС выходят немногие публикации. К их числу можно отнести работы профессора М. Хадсона, который предельно лаконично высказывается, что «НДС вводится для создания “широкой и нейтральной базы доходов”. Но она не нейтральна. Это направлено против трудоспособного населения» [Хадсон М., 2012: 49–64]. Он прямо говорит о «почти диаметрально противоположных» результатам научных разработок указаниях неолиберальных консультантов, предлагающих введение более регрессивных налогов на труд и промышленность, чем где бы то ни было на Западе. В качестве основы этой политики «были приняты неолиберальные

рекомендации Хьюстонского экономического саммита 1990 г., оказавшиеся, в конечном счете, извращенной пародией на то, как развивались страны Запада в Прогрессивную эру» [Хадсон М., 2012: 49–64].

По сути М. Хадсон подводит к мысли, что правовой механизм НДС становится финансовым оружием, которое применено Западом для разрушения экономического потенциала основного геополитического противника: «Эта модель приводит к зависимости стран бывшего Советского Союза от Запада, но не к их развитию на равных. Быть “равным” с позиций стран Запада означает быть не только экономическим конкурентом, но и потенциальным военным соперником для НАТО. Вся военная мощь в наше время базируется на промышленных возможностях, вот почему производство было в значительной степени ликвидировано и разрушено по всей территории Советского Союза» [Хадсон М., 2012: 49–64]. Периферийная модель правового механизма НДС становится в итоге эффективным инструментом экономического сдерживания стран, правительства которых увлекаются НДС-обложением. Граница такого «чрезмерного увлечения» для развивающихся стран пролегает в диапазоне налоговых ставок от 10 до 13%.

## **2. Правовой механизм НДС как важнейший налогово-правовой регулятор современного капитализма (западноевропейская модель)**

В общем виде правовой механизм НДС принадлежит к юридическим конструкциям, выполняющим в период сдвига социально-экономических и политических структур функцию институционального оператора. При этом если роль подавляющего большинства институтов современного капитализма в основном понятна, то общие очертания сложносоставного каркаса правового механизма добавленной стоимости и особенности его правовых воздействий начинают проступать лишь в самое последнее время. Только сейчас отчетливо вырисовывается назначение правового механизма НДС, которое в сообществе стран индустриального ядра Западной Европы приобретает особые черты и максимально мобилизует капитализм как «целостную систему — социальную, экономическую, демографическую, культурную, идеологическую, — которая необходима, чтобы развитое общество могло функционировать в условиях рынка и частной собственности» [Мейсон П., 2016: 12]. Можно сказать, что правовой механизм НДС не только выступает институтом переходного периода, а являет собой элемент мутации капитализма, на которую последний оказывается способен лишь в поворотные моменты своего развития, реагируя на опасность разрушения и гибели. Недаром НДС начинает развитие в обществах, где теплится дух классического капитализма и его традиции много и умело работать.

Посредством налогового изъятия и бюджетного перераспределения значительная часть вновь создаваемой добавленной стоимости вместо сжигания в кострах капиталистической конкуренции направляется на цели расширения социальных секторов экономики и умножения общего блага. Правовой механизм НДС притормаживает чрезмерное ускорение промышленных отраслей экономики, предотвращая кризисы дефицита предложения и придавая этому двигателю капиталистического производства более мягкий ритм и поступательность, стимулируя развитие производственных предприятий в русле систематического технического совершенствования и снижения трудозатрат.

Уникальность этого облагороженного налога с оборота, которую вряд ли предвидел В. фон Сименс в 1919 г., состоит и в том, что, как это ни парадоксально, правовой механизм налогообложения добавленной стоимости действует в логике умножения прибыли, дополнительно стимулируя собственников к техническому перевооружению предприятий и повышению производительности.

Важнейшим контрапунктом идеи евроналога является открытие возможностей, не имевшихся в истории. Изъятие части добавленной стоимости из капиталистического производства позволяет благоустраивать жизнь граждан, создавая и расширяя социальную экономику. Правовой механизм НДС дает возможность не уничтожать излишки производства, чтобы поддержать падающий спрос, как это во множестве случаев имеет место в капиталистической экономике, а решать «проблему трансформации» путем перевода высвобождаемого промышленного персонала в социальные секторы национального хозяйства, которые генерируют новые потребности, покрывая дефицит спроса. Более того, поступления НДС позволяют «работать» на опережение, стимулируя создание рабочих мест в социальном секторе, заранее готовя общество к моменту, когда автоматизация и информатизация сведут промышленный труд к незначительному объему. В частности, реализация идеи фискальной переброски в социальные секторы части добавленной стоимости, генерируемой в рамках информационного капитализма, позволяет если не полностью, то в значительной мере смягчить проблему перехода к новой экономике. О масштабах «проблемы перехода» сообщают результаты исследования 2013 г. Оксфордской школы о том, «что 47% всех рабочих мест в США можно автоматизировать» [Мейсон П., 2016: 247]. В перспективе информационные технологии упраздняют основную массу промышленного труда, а экспансия компьютерного капитала уже ведет к неполной занятости в массовом масштабе и создает «обвал потребления».

Институт правового регулирования налогообложения добавленной стоимости на время укрепляет капиталистическую систему, использующую НДС в развертывании организационной схемы максимального перераспределения средств на общественно значимые нужды — социальные трансферты,



образование и здравоохранение. Через национальные бюджеты перераспределяется более 40% ВВП. В государствах-членах ЕС соотношение бюджетных расходов между функциями современными (социальные программы — более 22% ВВП, образование и здравоохранение — 12%) и традиционными (военные расходы и государственное управление — 4% ВВП) достигает 10:1 [Осипов Ю.М., Сизов В.С., Зотова Е.С., 2007: 125]. В данном контексте речь идет об уникальной роли правового механизма НДС, которая состоит в открытии возможности налогового перераспределения добавленной стоимости в качестве стабилизатора набирающего силу информационного капитализма. Выступая в этом качестве, правовой механизм НДС в значительной степени ослабляет базовую проблему современного экономического уклада, состоящую в том, что исчерпание классической модели капитализма, основанной на длинных циклах, закрывает традиционный выход из кризисов через рост трудовых издержек.

Ключевая роль правового механизма НДС — в том, что налогообложение добавленной стоимости воплощает возможность для современного капитализма избегать присущие «инновациям тенденции к снижению содержания труда в экономике, а, значит, и к снижению основного источника прибыли, создавая новые потребности, новые рынки и новые отрасли, в которых трудовые издержки высоки и увеличение зарплат стимулирует потребление» [Осипов Ю.М., Сизов В.С., Зотова Е.С., 2007: 234].

Парадокс правового механизма НДС заключается в том, что обложение налогом, снижая размер добавленной стоимости, получаемой собственником факторов производства, в итоге обеспечивает доходы капитала и, самое главное, упрочивает стабильность их извлечения. В данном случае правовой механизм НДС действует как обруч, связывая между собой основные экономические и социальные структуры. При этом нельзя не указать на условия, выполнение которых позволяет ожидать развертывания благотворного действия налогообложения добавленной стоимости.

Первое (главное) условие заключается в направлении средств, аккумулируемых в бюджете от налогообложения добавленной стоимости, на цели развития социальных секторов экономики, обеспечивающих широкое воплощение новых общественно значимых функций и массовую организацию новых рабочих мест. Технологический спрос новых секторов экономики (медицинское оборудование, социальные товары, массовое жилье, восстановление и производство материальных культурных ценностей) в соединении с потребительским спросом занятого в них населения создает новый драйвер развития, направленный в сторону «старых» базовых отраслей и обеспечивающий сбалансированное поступательное движение национальной экономики. Принципиально важно, что новый способ функционирования капиталистической модели не только упрочивает ее состояние, но и вынуж-

дает запустить качественно новый механизм перераспределения стоимости, создаваемой в обществе. Этот налогово-бюджетный механизм делает невозможным сохранение прежних темпов роста доходов и сверхдоходов управляющего сословия; ограничивает стремительный, основанный на сверхэксплуатации материальных и трудовых ресурсов рост ВВП; обеспечивает постепенное умножение общего блага и улучшение условий жизни народа.

Второе условие предполагает максимально широкий охват экономических акторов такого рода налогообложением. Правовое регулирование НДС должно быть распространено не только на товарное производство и торговый капитал, но и на финансовый сектор экономики. В противном случае взаимодействие с контрагентами, находящимися вне пределов правового регулирования налогообложения добавленной стоимости, создает НДС-плательщикам дополнительное налоговое напряжение. В частности, подобная ситуация широко распространена среди заемщиков в результате уплаты процентов по кредитам без возмещения НДС. Очевидно, что данное положение создает дополнительную налоговую нагрузку для предприятий-заемщиков, значительно снижая возможности их модернизации в условиях необоснованных налоговых преференций финансовым учреждениям.

В-третьих, необходимо максимальное сокращение теневой экономики и налогового хищничества. Налоговое мошенничество подрывает эффективность правового механизма НДС. Теневая экономика, если ее размеры превышают социально допустимый уровень, функционирует в режиме паразитирования, безвозмездно используя результаты усилий по улучшению качества жизни без передачи соответствующей части производимой стоимости в социальные секторы экономики.

Оценивая соблюдение названных условий в Западной Европе, следует сказать, что европейская модель в основном направлена «на достижение целей и реализацию идеалов, имеющих преимущественно этическую, а не экономическую природу и оказывающихся выше сиюминутного хозяйственного успеха» [Иноземцев В.Л., 2004: 92]. Симптоматично, что размышления о воззрениях О. Бисмарка, берущих начало в прусской традиции сильного государства, подводят к парадигме неразрывного единения материальных и этических структур современного западноевропейского государства, их связанности базовыми политико-правовыми идеями — собственности и общего блага. Эта связанность имеет нормативно-правовое выражение и закреплена, в частности, в п. 2 ст. 14 Основного закона ФРГ: «Собственность обязывает. Ее использование должно одновременно служить благу всего общества»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15. November 2019 (BGBl. I S. 1546) Available at: <https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz> (дата обращения: 25-12-2019)

В качестве пояснения к тезису о стабилизирующем влиянии правового механизма НДС на механизм капиталистического способа производства уместно обратиться к марксистским трактовкам прибавочной стоимости. Так, Ф. Энгельс в предисловии к третьему тому работы «Капитал. Критика политической экономии» отмечает, что «общее свойство всех товаров состоит в том, что их можно продать дороже издержек производства, и если труд представляет единственное исключение из этого и постоянно продается лишь по издержкам производства, то он продается ниже той цены, которая является общим правилом в этом вульгарно-экономическом мире» [Маркс К., 1985: 11]. Иными словами, труд выступает в двух ипостасях: в качестве основы и источника прибавочной стоимости при капиталистической модели производства и как единственный товар, в цене которого отсутствует прибавочная стоимость. Весьма удачным компромиссом в разрешении этого фундаментального противоречия капитализма становится внедрение правового механизма НДС. Изъятие в процессе налогообложения значительной части добавленной стоимости и ее перераспределение в социальные секторы экономики, работающие в основном в интересах лиц наемного труда, значительно увеличивает устойчивость механизма капиталистического производства:

во-первых, существенно ослабляется острота основного противоречия капиталистического способа производства между производительными силами и частной собственностью на средства производства. Необходимо заметить, что тяжелейшие испытания и жертвы первой половины XX в. «обнаружили особенную пронизательность господствующего класса», который в итоге длительных размышлений в дилемме «пассивной смерти или активном перевороте существующего строя» [Каутский К., 2013: 81] находит способ сохранения правовых основ существующего порядка в парадигме социального сотрудничества и укрепления института частной собственности;

во-вторых, возникает дополнительный резерв постоянно расширяющегося покупательского спроса, предъявляемого социальными секторами экономики;

в-третьих, в развитых экономиках мира запущен процесс расширения социальных секторов образования и здравоохранения, на которые «приходится более 20% рабочих мест и ВВП, т.е. больше, чем на всю промышленность» [Пикетти Т., 2015: 482];

в-четвертых, снижается социальное напряжение в связи с определением постоянного источника материальных гарантий социальной защиты граждан и реализации национальных программ в сфере культуры, медицины и образования;

в-пятых, расширение роли государства в странах активного НДС-перераспределения доходов от капитала создает и в значительной степени поддерживает материальную базу среднего класса.

Рассмотренные характеристики позволяют телеологически сформировать общее институциональное понятие *налогообложения добавленной стоимости* в виде налогово-правовой структуры сложной социально-экономической системы (а именно, современной капиталистической системы), порождающей базовые возможности ее дальнейшего расширения в виде стабилизирующего ограничения капитала и социального перераспределения. Хотя с внедрением правового механизма НДС система остается капиталистической, «в развитых странах правильнее говорить о реформированном капитализме» [Манн М., 2014: 33], в котором трудящиеся расширяют свои права. Правовой механизм НДС доказывает свою эффективность при высоком уровне стабильного экономического развития с равномерным распространением финансовых ресурсов, предполагающем достаточные возможности изъятия добавленной стоимости и перераспределения ее на социальные цели. При этом доля перераспределяемого НДС выше 80%, а в Швеции она даже выше 87%.

Резко снижается положительное значение правового механизма НДС при низком уровне экономики, где сужаются способности к созданию добавленной стоимости в размерах, обеспечивающих финансирование социальных нужд. В этих условиях утрачивается социально-регулятивный смысл введения НДС и он превращается в еще один налог на низкооплачиваемых.

Более подробное рассмотрение национальных моделей правового механизма налогообложения добавленной стоимости позволяет установить их характерные черты.

### **3. Восточноевропейская (периферийная) модель правового регулирования налогообложения добавленной стоимости**

О западноевропейской и восточноевропейской НДС-моделях необходимо вести речь с учетом неразрывности взаимосвязей, охватывающих единое континентальное пространство, подавляющая часть которого замкнута в границах Евросоюза. Расширение зоны НДС связано с процессом евроинтеграции, которая на протяжении длительного времени обеспечивает относительно комфортное состояние национальных элит:

немецкая элита возвращает себе место в первом эшелоне мировой политики, используя авторитет объединенной Европы, в которой Германия экономически и политически занимает центральное место;

элиты всех развитых стран обеспечивают себе прямое политическое лидерство на европространстве, сопряженное с открытием дополнительных рынков сбыта и источников ресурсов на территориях стран периферии;

элиты стран периферии, подчиняясь общим правилам ЕС, избавляют себя от необходимости формирования собственной идейности и переходят на евротрафареты следования, предоставляя заботу о будущем своих народов брюссельской бюрократии и европейской «хитрости экономического разума». При этом на начальном этапе выгоды от идей единения, извлекаемые восточноевропейскими элитами, превышают социальные и экономические издержки, прикрывая вопрос о диспропорциях социально-экономического развития между ядром и периферией ЕС. Элиты стран периферии, соблазненные прелестями членства в Евросоюзе, вынуждены принять и обязательные условия такого членства, одним из которых является введение правового регулирования НДС по правилам, устанавливаемым соответствующими директивами ЕС. Состояние хозяйства периферийных государств объективно не позволяет вписаться в модель социального капитализма, проектируемую основателями Европейского союза. Вступление в открытую конкуренцию производителей почти сразу вызывает разрушение местной промышленности, рост безработицы и бюджетного дефицита. Определенно по этому вопросу высказался в 2011 г. Ю. Хабермас, заявив, что «в зоне евро отсутствует политическая компетенция, необходимая для гармонизации движущихся в разные стороны национальных экономик» [Habermas J., 2011: 13].

В данном случае правовой механизм НДС начинает оказывать жесткое фронтальное социально-экономическое воздействие, сдерживая развитие промышленных отраслей экономики, выступая одним из главных «запирающих» факторов индустриального роста, выводя периферийные страны Европы в режим низкодходного существования.

В каждой из европейских стран постепенно складывается видение вариантов правового регулирования налогообложения добавленной стоимости. Если в одних странах продолжают следовать тенденции к повышению уровня НДС-обложения, увеличивая основную ставку НДС (Эстония — с 18 до 20% в 2009 г.; Словения — с 20 до 22% в 2013 г.; Греция — с 23 до 24% в 2016 г.), то в других начинают осторожную коррекцию в плане снижения НДС. Например, Румыния 1 января 2016 г. снизила основную ставку НДС с 24 до 20%, а 1 января 2017 г. — до 19%.

Особенности правового воздействия налогообложения добавленной стоимости в странах восточноевропейской НДС-модели таковы:

правовой механизм НДС выступает в качестве мегарегулятора экономико-правовых отношений, который активно сдерживает переоснащение промышленных отраслей национального хозяйства;

он является одним из важнейших факторов наступления на труд, имеющее результатом перенаправление высвобождаемых трудовых ресурсов страны в промышленное производство и экономики стран Запада;

поступления НДС направляются на покрытие общих расходов государственного бюджета, дефицит которого подвигает управляющую бюрократию к дальнейшему увеличению налоговой ставки, которая во множестве случаев начинает превышать налоговые ставки западноевропейских государств;

элита восточноевропейских стран вынуждена маневрировать в пространстве перераспределения добавленной стоимости между жесткими установками ЕС и необходимостью стабилизации бюджетной и социальной ситуации. Поощряемая евробюрократией, требующей бюджетной политики, соответствующей стандартам ЕС, она вынуждена идти на повышение НДС, усиливающееся воздействие которого все более упрощает структуру экономики.

Модель нейтрального правового механизма налогообложения добавленной стоимости состоит в том, что страна по тем или иным причинам вводит в состав национальной налоговой системы налогообложение добавленной стоимости в виде НДС с минимальными налоговыми ставками и продолжает удерживать его на низком уровне, не оказывающем сдерживающего влияния на развитие собственной промышленности.

К данной модели можно отнести лишь несколько небольших государств Западной Европы, не имеющих значительного промышленного производства. Поэтому хотя в них и декларируются высокие ставки НДС, принятые в соответствии с законодательством ЕС, но основной массив операций фактически совершается с применением пониженных ставок (Мальта — 7 и 5%; Кипр — 9 и 5%).

Отдельным примером европейских стран является Швейцария, которая обладает сбалансированным хозяйством, обеспечивающим гармоничную структуру спроса, и в связи с этим не нуждается в масштабном НДС-перераспределении добавленной стоимости. Поскольку эта страна не является членом Евросоюза и не имеет соответствующих НДС-обязательств, в ней используется нейтральная модель правового механизма НДС со ставкой 8%.

Аналогичный подход демонстрирует Лихтенштейн в виде налогообложения НДС по ставке 7,6%.

#### **4. Нейтральная модель правового механизма НДС**

Нейтральная модель правового механизма налогообложения добавленной стоимости получает распространение в мире. В частности, ее используют:

страны Юго-Восточной Азии, активно наращивающие промышленный потенциал (Сингапур — 5%; Малайзия — 6%; Корея — 10%; Вьетнам — 10%; Филиппины — 12%);

государства Южной и Центральной Америки — развивающиеся экономики переходного типа (Доминиканская республика — 6%; Парагвай — 10%; Венесуэла — 11%; Эквадор — 12%);

Казахстан и Киргизия (по 12%), входящие в число пяти стран-участниц ЕАЭС.

Ведя речь о правовом регулировании НДС в развивающихся странах, необходимо отметить, что далеко не все из них следуют началам минимального НДС-обложения. Значительная часть государств принимает на веру рекомендации западных консультантов о положительных качествах НДС как эффективного и относительно нейтрального для податного населения средства пополнения бюджета. Они расширяют меры по администрированию НДС для компенсации снижения или ликвидации таможенных поступлений в условиях либерализации торговли и глобализации.

## **5. НДС-модели наиболее крупных стран с экономикой переходного типа**

*Индийская модель.* История правового регулирования НДС в Индии в основном начинается с 2005 г., когда введение данного налога приводит к созданию гибридной системы универсальных акцизов в составе НДС, налога с продаж, взимаемого с 1956 г., налога с услуг — с 1994 г. Введение НДС резко повышает эффективность системы косвенного налогообложения Индии<sup>2</sup>.

Следующим шагом к совершенствованию индийского правового регулирования налогообложения добавленной стоимости становится изменение налогового законодательства, содержащее отмену большей части косвенных налогов (НДС образца 2005 года; налог с продаж; налог с услуг; ряд отдельных акцизов и таможенных пошлин) и введение с 1 июля 2017 г. единого налога на товары и услуги (НТУ). Акт о НТУ<sup>3</sup> представляет собой самое объемное законодательное установление из известных автору в сфере НДС, состоящее из 21 главы и 174 статей.

Среди особенностей правового механизма НДС (НТУ) необходимо выделить п. 98 статьи 2 Акта, содержащий правило «обратного платежа» в виде налогового обязательства получателя товара или услуги вместо их поставщика. В логике данного правила совокупная стоимость всех облагаемых налогом поставок определяется путем исключения стоимости входящих поставок, учитываемых в виде обратной оплаты (п. 6 и п. 112 статьи 2 Акта).

<sup>2</sup> См.: Worldwide VAT, GST and Sales Tax Guide, 2014 / Ernst & Young. Mode of access. Available at: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide-VAT-GST-and-salestax-guide-2014/\\$FILE/Worldwide-VATGST-and-sales-tax-guide-2014.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide-VAT-GST-and-salestax-guide-2014/$FILE/Worldwide-VATGST-and-sales-tax-guide-2014.pdf) (дата обращения: 25-12-2018)

<sup>3</sup> The Central Goods and Services Tax Act // The Gazette of India. 2017. 12 April.

Акт разграничивает налоговый учет товаров и услуг, устанавливая в качестве специальных НДС-документов *налоговую накладную* на поставляемый товар (ст. 12 Акта) и *счет налогооблагаемой услуги* (ст. 13 Акта). Представляется, что в рамках такого подхода не только достигается большая прозрачность данных о налогоплательщике, но и общее улучшение информационного обеспечения управления экономикой.

Индия находится в фазе экономического ускорения и обоснованно выбирает в качестве основной 12% ставку в пятиступенчатой линейке налоговых ставок (0%, 5%, 12%, 18%, 28%). Индийский законодатель признает, что трудовые контракты подпадают под налогообложение добавленной стоимости и устанавливает для них общую 12% ставку независимо от видов товаров и услуг, производимых работниками. Преобладающее применение 12% ставки НДС (НТУ) позволяет отнести такой тип налогообложения добавленной стоимости к модели преимущественно нейтрального правового механизма налогообложения добавленной стоимости, который не сдерживает развитие экономики и не оказывает значимого воздействия на труд.

Исследование индийской модели правового механизма НДС (НТУ) затруднено в связи с ее новизной и отсутствием достоверных данных о результатах применения. Однако анализ базовых положений Акта о НТУ позволяет сделать вывод о явном стремлении индийских управленцев к самостоятельному поиску наиболее эффективных способов правового регулирования налогообложения добавленной стоимости. Такой поиск ведется на фоне социально-политической специфики многоукладной экономики, а принимаемые меры свидетельствуют о способности к нетривиальным решениям, существенно расширяющим регулятивно-правовой арсенал возможностей НДС. Отдельные приемы новейшего индийского законодательства могут быть рассмотрены с позиций их использования в российской модели правового механизма НДС. В частности, внимания заслуживает метод «обратного платежа», поскольку он обеспечивает уплату налога каждым налогоплательщиком индивидуально, делая невозможным транзит налоговых обязательств по цепочке взаимосвязанных поставок от одного к другому плательщику НДС.

*Китайская модель.* Китайская элита длительное время присматривается к феномену НДС: изучает международный опыт; тестирует налог на отдельных территориях, группах налогоплательщиков в различных сочетаниях правовых режимов; вдвое увеличивает объявленный в 2008 г. пятилетний срок принятия законодательного акта об НДС (приложение 21).

Крайне дифференцированно, с внедрением самой длинной линейки налоговых ставок (2, 3, 4, 6, 13, 17%) КНР приступает к применению правового механизма НДС в качестве регулятора национальной экономики, облада-



ющей ресурсом дешевой рабочей силы, позволяющим удерживать эффективность выпуска без всеобщей модернизации производства. В итоге НДС находит масштабное применение, когда возникает необходимость в торможении китайской экономики. Вряд ли можно сомневаться, что китайская бюрократия осознает, что нормативно-правовое воздействие НДС будет постепенно разворачиваться в направлении наступления на труд и активного повышения капиталоемкости производства. В связи с этим аналитики Credit Suisse Group AG предполагают угрозу той части промышленных предприятий КНР, чей «доход тесно связан со стоимостью рабочей силы»<sup>4</sup>. Однако динамика юридических изменений в механизме правового регулирования НДС Китая свидетельствует, что все последующие новации также должны носить тщательно выверенный характер, соответствующий потребностям экономического развития страны.

Высокая адаптивность китайского руководства, проявляющаяся в условиях глобального экономического кризиса, обуславливает своевременную коррекцию правового регулирования НДС. Снижение темпов экономического роста на 3% подвигает КНР к снижению максимальной ставки НДС до 16% в 2018 г., а с 1 апреля 2019 г. до 13%.

Необходимо отметить, что отличительной особенностью модернизации правового механизма НДС в крупнейшей экономике мира становится расширение режима НДС на сферу финансовых услуг. Пока не ясно, как именно используют китайские разработчики рассматриваемый ими опыт Израиля и Новой Зеландии [Хэ Л., Хань П., 2015: 25–34], но решение о взимании НДС с банков, финансовых и страховых организаций следует отнести к числу революционных в истории налогообложения оборота.

Исходя из анализа 40-летней истории китайского налогообложения добавленной стоимости, при определении места китайской модели в предлагаемой типологии можно утверждать, что Китай занимает особенную позицию, с осторожностью перемещаясь от положения, соответствующего нейтральной модели, к модернизированной с учетом национальной специфики западноевропейской модели. Системная подготовка КНР к принятию законодательства об НДС позволяет говорить о важности, которую руководство страны придает данному инструменту правового регулирования. В его представлении действие правового механизма налогообложения добавленной стоимости выходит за пределы простой фискальной функции и должно способствовать положительным трансформациям китайского общества.

Завершая обзор зарубежных моделей правового регулирования НДС (Таблица), следует сказать, что определение параметров правового механизма налогообложения добавленной стоимости связано с качеством управляю-

<sup>4</sup> Available at: <https://www.vz.ru/news/2016/5/2/808456.html> (дата обращения: 25-12-2018)

щей национальной элиты и ее способностью принимать оптимальные решения с учетом социальной-экономической и общеисторической обстановки в стране.

Таблица

**Типология моделей правового механизма налогообложения добавленной стоимости**

Тип модели правового механизма НДС	Западно-европейская модель (регулятивная)	Восточно-европейская модель (периферийная)	Российская модель (приближена к периферийному типу)	Нейтральная (подражательная) модель
Диапазон основных ставок НДС/ расчетная среднеарифметическая ставка	17% (Люксембург) — 25% (Швеция) 21%	19% (Румыния) — 27% (Венгрия) 23%	Россия 20%	5% (Малайзия, Сингапур, Саудовская Аравия) — 12% (Эквадор) 8,5%
Возможности развития социальной экономики	Высокий уровень производительных сил позволяет создать и активно развивать социальную экономику	Состояние производительных сил не позволяет развивать социальную экономику	Состояние производительных сил не позволяет развивать социальную экономику	Задача развития социальной экономики не является общественным приоритетом
Особенности действия НДС как социально-экономического мегарегулятора	Мягко притормаживает и сглаживает рост промышленных отраслей экономики, стимулируя их в русле технического совершенствования и снижения трудозатрат	Сдерживает развитие промышленных отраслей экономики	Оказывает преграждающее действие на пути развития промышленных отраслей экономики, вызывает их деградацию и разрушение	Ввиду незначительного фискального воздействия не сдерживает развития экономики
Воздействие правового механизма налогообложения добавленной стоимости на труд	Перевод высвобождаемого промышленного персонала в социальные сектора национальной экономики	Наступление на труд, имеющее своим результатом перенаправление высвобождаемых трудовых ресурсов страны	Выдавливание трудовых ресурсов преимущественно в теневую экономику	Не оказывает критично значимого воздействия на труд

Тип модели правового механизма НДС	Западно-европейская модель (регулятивная)	Восточно-европейская модель (периферийная)	Российская модель (приблизена к периферийному типу)	Нейтральная (подражательная) модель
		в промышленное производство и экономики развитых стран Запада		
Основные цели и направления расходования НДС-поступлений	Расширение социальной экономики	Покрытие общих расходов государственно-го бюджета	Декларативно целями расходования НДС-поступлений являются общие траты госбюджета, но в значительной степени перераспределяются в интересах управляющего сословия	Покрытие общих расходов госбюджета
Основные бенефициары модели	Западноевропейская элита, удерживающая господствующее положение в обществе; гражданское большинство западноевропейских стран в качестве получателя общего блага	Западноевропейская политическая и финансово-промышленная элита, удерживающая господствующее положение на континенте и заинтересованная в сдерживающей направленности юридического регулирования НДС в странах периферии ЕС	Российское «управляющее сословие», стремящееся к обогащению и сохранению власти; западная политическая и финансово-промышленная элита, удерживающая господствующее положение в мире и заинтересованная в сдерживании социально-экономического развития России	Предприниматели, создающие экономический рост, и большинство граждан этих стран в качестве настоящих или будущих получателей общего блага
Примеры стран, администрирующих НДС в рамках модели	Германия, Франция, Австрия, Великобритания, Швеция, Норвегия, Дания, Фин-	Эстония, Литва Латвия, Молдавия, Болгария, Румыния, Венгрия, Словакия,	Россия, Украина	Япония, Саудовская Аравия, Сингапур, Малайзия, Республика Корея, Вьетнам,

Тип модели правового механизма НДС	Западно-европейская модель (регулятивная)	Восточно-европейская модель (периферийная)	Российская модель (приближена к периферийному типу)	Нейтральная (подражательная) модель
	ляндия, Нидерланды, Бельгия, Люксембург, Словения, Италия, Испания, Португалия	Польша, Чехия, Греция, Сербия		Филиппины, Парагвай, Венесуэла, Эквадор, Швейцария, Мальта, Кипр, Лихтенштейн, Казахстан, Киргизия
Возникновение противоправных эффектов в результате воздействий ПМ	Расширение криминальной экономики за счет возникновения интегрированного сектора НДС-мошенничеств. Незначительное увеличение теневой экономики в результате уклонения от уплаты НДС	Расширение криминальной экономики за счет возникновения интегрированного сектора НДС-мошенничеств. Значительное увеличение теневой экономики в результате уклонения от уплаты НДС	Создание криминального сектора НДС-мошенничеств и рынка теневоего обналичивания денежных средств, обслуживающего сокрытие НДС и каналы противоправного перераспределения добавленной стоимости	Наблюдаемого расширения криминальной экономики в результате воздействий ПМ НДС не выявлено
Деструктивные явления, возникающие в результате воздействий ПМ	В основном деструктивные явления носят локальный характер в виде структурной безработицы или необходимости поддержки территорий отстающего развития, где были сосредоточены остановленные промышленные производства	Деградация и разрушение национального промышленного производства и сопутствующие ему социальные деформации	Деградация национального промышленного производства и сопутствующие ему социальные деформации, усиленные внешнеэкономическим перераспределением значительной части создаваемой добавленной стоимости и бюджетных поступлений от НДС	Деструктивное воздействие НДС отсутствует или минимально

В контексте изложенного важно отметить, что *российская модель* рассматриваемого правового механизма несет в себе основные черты восточноевропейской модели следования за наиболее промышленно развитыми странами Западной Европы. В России сложилась ситуация, когда всепроникающая

энергия обогащения, циркулирующая в структурах как индивидуального, так и массового сознания, деформируя базовые морально-этические элементы, определяющие ценности существования, разъедает продуктами частно-групповых интересов практически все институты общественной жизни, в том числе и нормы законодательства о правовом регулировании налогообложения добавленной стоимости. Тотальная жажда незаконного стяжательства, охватившая элиту, толкает на расхищение государственных средств. Заявленными целями расходования НДС-поступлений выступает увеличение общих трат госбюджета, но в условиях воздействия коррупционного фактора значительная часть добавленной стоимости фактически перераспределяются в интересах бюрократии. По сути элита рассматривает НДС в качестве способа обеспечения собственного финансового ресурса — ресурса власти и материального обогащения.

Подводя итоги исследования, необходимо ответить на вопрос, анонсированный в его начале, и выяснить, насколько возможно, то направление, по которому должна пройти наиболее рациональная траектория развития российского правового механизма налогообложения добавленной стоимости.

Сравнительный анализ результативности западноевропейской и восточноевропейской моделей показывает, что пока состояние производительных сил страны не позволяет развивать социальные отрасли хозяйства, переход к активному правовому механизму налогообложения добавленной стоимости вызывает экономико-правовые трансформации, сдерживающие развитие страны. Если мы избираем целью проектируемой модели правового механизма НДС социально-экономический рост на основе восстановления и подъема производительных сил, а также умножение блага большинства граждан страны, то на основе сформированной типологии можно определить, что такая траектория должна пролегать через нейтральную модель. Она используется значительной частью экономик переходного периода. Ее применяют и отдельные из наиболее развитых капиталистических государств, обладающих минимальной бюрократией и развитым самоуправлением — Япония и Швейцария.

В рамках нейтральной модели развиваются Индия и Китай, который в 2000-х гг. начал осторожное движение к регулятивного типа правовому регулированию налогообложения добавленной стоимости, но в 2018–2019 гг. возвращается на траекторию нейтрального механизма НДС. Важно, что 50% партнеров России по ЕАЭС подводят свои модели к нейтральному типу. В России такой переход в сущности не имеет альтернативы. В позитивном смысле он может снизить фискальное давление на производство, на труд и несколько ограничить базу национальной коррупции. Если аппетиты российской бюрократии будут уменьшены, а проблемы, сдерживающие развитие страны, начнут разрешаться, то появится перспектива продвижения к социальной экономике и регулятивному типу правового механизма НДС.

Данная позиция не отрицает, а предполагает возможность безотлагательного реформирования института правового регулирования налогообложения добавленной стоимости на основе сознательно-плановой [Матузов Н.И., Малько А.В., 2007: 452] ликвидации противоречий правового механизма НДС, выраженных в законодательстве России.

## **Заключение**

Анализ феноменологии юридического регулирования налогообложения добавленной стоимости, его места и роли в мире разных цивилизаций позволяет выделить ряд основных моделей правового механизма НДС:

- западноевропейская (регулятивная);
- восточноевропейская (периферийная);
- нейтральная (подражательная);

группа национальных моделей наиболее крупных государств переходного типа с ярко выраженными индивидуальными особенностями, но каждая из которых приближается к одной из вышеназванных. В данной группе вызывают особый интерес модели правового механизма налогообложения добавленной стоимости Индии, Китая и России.

К сожалению, анализ правовых воздействий НДС-обложения опровергает тезис о непогрешимости модели правового регулирования НДС. Снижая «хрупкость» капиталистической организации в наиболее развитых странах ЕС, налогообложение добавленной стоимости неоднозначно действует во всех остальных вариантах применения, создавая возможности выделения в рамках НДС-классификации отдельных НДС-моделей с соответствующими механизмами правового регулирования, каждая из которых создает собственную социальную активность, уникальный тип экономико-правовых воздействий. Рассматривая действующие конструкции правовых механизмов НДС различных государств, нельзя не учитывать, что подобный нормативно-правовой продукт прежде всего соотносим с социально-экономическими практиками, локализованными в различных национальных и наднациональных публичных образованиях. Характер этих практик и иерархия их носителей, которые проявились более чем за полувековое развитие правового регулирования налогообложения добавленной стоимости, в значительной степени обуславливают столь широкий спектр воздействий современного НДС-обложения.



## **Библиография**

- Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма. М.: Прогресс, 2011. 178 с.
- Иноземцев В.Л. Специфические особенности европейской социальной модели // Современная Европа. 2004. № 1. С. 87–99.

- Каутский К. Экономическое развитие и общественный строй. Комментарий к положениям Эрфуртского съезда. М.: Либроком, 2013. 200 с.
- Малько А.В., Матузов Н.И. Современные методы исследования в правоведении. Саратов: СЮИ МВД России, 2007. 560 с.
- Манн М. Власть в XXI столетии: беседы с Джоном А. Холлом. М.: Высшая школа экономики, 2014. 204 с.
- Маркс К. Капитал. Критика политической экономии. Т. 3. Кн. 3. М.: Политиздат, 1985. 508 с.
- Мейсон П. Посткапитализм: путеводитель по нашему будущему. М.: Ад Маргинем, 2016. 416 с.
- Экономическая теория в XXI веке. Национальная экономика и социум / под ред. Ю.М. Осипова и др. М.: Экономистъ, 2007. 640 с.
- Пикетти Т. Капитал в XXI веке. М.: Ад Маргинем, 2015. 592 с.
- Хадсон М. Неолиберальная налоговая и финансовая политика приводит к обнищанию России // Мир перемен. 2012. № 3. С. 49–64.
- Хэ Л., Хань П. Исследование режима и пути реализации перехода с НДС на НДС в финансовом секторе Китая // Мир современной науки. 2015. № 5. С. 25–34.
- Ballard C., Shoven J. The Value-Added Tax: The Efficiency Cost of Achieving Progressivity by Using Exemptions in Modern Developments / Public Finance: Essays / Ed. by M. Boskin. Oxford: Blackwell, 1987, pp. 109–129.
- Baunsgaard T., Keen M. Tax Revenue and Trade Liberalization. Working Paper. Washington: International Monetary Fund, 2005, no 5, pp. 3–23.
- Boadway R., Keen M. Redistribution / Handbook of Income Distribution. Ed. by A. Atkinson and F. Bourguignon. Amsterdam: North-Holland, 2000, pp. 677–789.
- Emran M., Stiglitz J. On Selective Indirect Tax Reform in Developing Countries. Journal of Public Economics, 2005, vol. 8, pp. 596–603.
- Habermas J. Europa am Scheideweg. Handelsblatt, 17.09. 2011, p. 13.
- Hossain S. The Equity Impact of the Value-Added Tax in Bangladesh. International Monetary Fund Staff Papers, 1995, vol. 42, pp. 411–430.
- Kotlikoff L., Summers L. Tax Incidence. Handbook of Public Economics / Ed. by A. Auerbach. Amsterdam: North Holland, 1987, vol. 2, pp. 1043–1092.
- Pagan J., Soydemir G., Tijerina-Guajardo J. The Evolution of VAT Rates and Government Tax Revenue in Mexico. Contemporary Economic Policy, 2001, vol. 19, pp. 407–428.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1**

### **Typology of Models of Legal Regulating Taxation of Added Value**



**Dmitry Bachurin**

Leading Researcher, Sector of Financial, Tax, Banking and Competitive Law, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Candidate of Juridical Sciences. Address: 10 Znamenka St., Moscow 119019, Russia. E-mail: 01ter@mail.ru

## Abstract

The article studies ideology of legal regulation of taxation of added value. It forms two main aspects of a research: (1) identification of deep essence of taxation of added value and (2) definition of the place of the Russian model of a legal mechanism of the VAT in variety of national models of taxation of added value. In the work, the typology of legal mechanisms of taxation of added value in which, on the basis of the analysis of the international phenomenology of legal regulation of taxation the main models of a legal mechanism of taxation of added value are allocated, is presented for the first time: Western European model (regulatory); East European model (peripheral); neutral model (imitative); the group of national models of the largest states with pronounced specific features, but each of which approaches one of above-named. In the offered classification, the main thing is the question of legal mechanism of the VAT which in what degree actually developed corresponds to the objective public requirements which are combined with the interests of cost efficiency. The assessment of results of legal regulation of taxation of added value specifies that the regulatory Western European model is applied in the conditions of modern hi-tech production in a paradigm of an indissoluble unification of material and ethical structures of the modern Western European state, their coherence by the basic political and legal ideas, the idea of property and the idea of general welfare. The legal mechanism of taxation of added value operating in restrictions of peripheral East European model (it is possible to refer to it legal regulation of the VAT in Russia), becomes a result the instrument of financial and legal control of the countries with the reformed economy which governments are fond of excessive VAT taxation. The comparative analysis of tax and legal influences of the Western European and East European models demonstrates that until the condition of productive forces does not allow developing social industries, transition to an active legal mechanism of taxation of added value causes to destructive economic and legal transformations constrains development of the country. The study in typology of models of the considered mechanism allows to formulate a conclusion that in the Russian social and economic conditions application of neutral model of legal regulation of the VAT may be most preferable today.

## Keywords

tax law; VAT; legal mechanism; methodology of taxation of added value; regulatory model; peripheral model; neutral model.

**For citation:** Bachurin D.G. (2020) Typology of Models of Legal Regulating Taxation of Added Value. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 75–97 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.75.97

## References

Ballard C., Shoven J. (1987) *The Value-Added Tax: The Efficiency Cost of Achieving Progressivity by Using Exemptions in Modern Developments in Public Finance*. M. Boskin (ed.). Oxford: Blackwell, pp. 109–129.

Baungsgaard T., Keen M. (2005) *Tax Revenue and Trade Liberalization. Working Paper*. Washington: International Monetary Fund, no 5, pp. 3–23.

Boadway R., Keen M. (2000) Redistribution. *Handbook of Income Distribution*. A. Atkinson and F. Bourguignon (eds.). Amsterdam: North Holland, pp.677–789.

Emran M., Stiglitz J. (2005) On Selective Indirect Tax Reform in Developing Countries. *Journal of Public Economics*, vol. 8. pp. 596–603.



- Habermas J. (2011) Europa am Scheideweg. *Handelsblatt*, 17.09, p. 13.
- He L., Han P. (2015) Study of the regime and ways of implementing the transition from NAP to VAT in the financial sector of China. *World of Modern Science*. no. 5, pp. 25–34.
- Hossain S. (1995) The Equity Impact of the Value-Added Tax in Bangladesh. *International Monetary Fund Staff Papers*, vol. 42, pp. 411–430.
- Hudson M. (2012) Neoliberal tax and financial policies lead to Russia's impoverishment. *World of Changes*, no 3, pp. 49–64.
- Inozemtsev V.L. (2004) Features of the European Social Model. *Sovremennaya Evropa*, no 1, pp. 87–99 (in Russian)
- Kautsky K. (2013) *Economic Development and Social Order*. Moscow: Librocom, 200 p. (in Russian)
- Kotlikoff L., Summers L. (1987) The Tax Incidence. *Handbook of Public Economics*. A.Auerbach, ed. Amsterdam: North Holland, vol. 2, pp. 1043–1092.
- Malko A.V., Matuzov N.I. (eds.) (2007) *Modern Research Methods in Law*. Saratov: Ministry of Internal Affairs Institute, 560 p. (in Russian)
- Mann M. (2014) *Power in the 21st Century*. Moscow: Higher School of Economics. 204 p. (in Russian)
- Marx K. (1985) *Capital. Criticism of Political Economy*. Vol. 3. Moscow: Politizdat, 508 p. (in Russian)
- Mason P. (2016) *Post Capitalism: a Guide to Our Future*. Moscow: Ad Marginem, 416 p. (in Russian)
- Osipova Yu.M. et al. (eds.) (2007) Economic Theory in the 21st Century. *National Economy and Society*. Moscow: Economist, 640 p. (in Russian)
- Pagan J., Soydemir G., Tijerina-Guajardo J. (2001) The Evolution of VAT Rates and Government Tax Revenue in Mexico. *Contemporary Economic Policy*, vol. 19, pp. 407–428.
- Picketty T. (2015) *Capital in the 21st Century*. Moscow: Ad Marginem, 592 p. (in Russian)
- Weber M. (2011) *Protestant Ethics and Spirit of Capitalism*. Moscow: Progress, 178 p. (in Russian)

# Правовой статус биобанка (банка биологических материалов человека)

---



**М.Н. Малейна**

Профессор кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е.Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук. Адрес: 123995, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: aspirantstudent@yandex.ru

---



## **Аннотация**

В статье дано определение биобанка как коммерческой или некоммерческой организации, профессионально занимающейся сбором, тестированием, обработкой, хранением биоматериалов человека и его фиксацией в базе данных, а также в некоторых случаях дополнительно — научными исследованиями и (или) предоставлением биоматериала физическим и юридическим лицам за плату или безвозмездно. Правоспособность банка биологических образцов является специальной, поскольку связана со спецификой области деятельности — биомедициной, спецификой используемых методов — биотехнологий, в том числе геномных технологий, и спецификой объекта хранения, содержащего идентифицирующую человека геномную информацию. Деятельность биобанка реализуется посредством заключения и исполнения гражданских договоров донорства для научной, лечебной деятельности, договоров о заборе и долгосрочном хранении биоматериала клиента, договоров о предоставлении биоматериалов в пользование в исследовательских целях и др. Обоснованы принципы деятельности биобанка: 1) соблюдение конфиденциальности доноров и их информирование о целях использования биоматериалов, 2) обеспечение безопасности сотрудников банка, контактирующих с биологическими материалами, 3) доступность биоматериала для научных исследований при анонимности доноров и клиентов и (или) их согласия на подобное использование, 4) обеспечение учредителям, грантодателям биобанка получения прибыли или других предпочтений, в том числе за счет отчуждения биоматериалов доноров, упрощении процедуры получения донорского согласия. Предлагается сохранить государственные и негосударственные банки биологических образцов человека. Сгруппировано имущество биобанка (имущество, обеспечивающее деятельность биобанка, и биоматериалы) в целях закрепления за каждой группой особого правового режима. Биологические материалы человека характеризуются как вещи, ограниченные в обороте. Выявлены основные права юридических лиц — учредителей, получателей биоматериала, грантодателей: 1) право на получение прибыли, 2) право на сохранение коммерческой тайны, 3) право на свободу заключения и содержания договоров с биоматериалом человека. Предложен способ прекращения деятельности биобанка с учетом интересов его клиентов.

---



## **Ключевые слова**

банк биологических материалов, биобанк, биодепозитарий, правовой статус, образцы ДНК, образцы, тестирование, криогенное хранение, биотехнологии, геномные технологии.

---

**Благодарности:** Статья выполнена при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-14014.

**Для цитирования:** Малеина М.Н. Правовой статус биобанка (банка биологических материалов человека) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 98–117.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.98.117

## **Введение**

В Комплексной программе развития биотехнологий в Российской Федерации на период до 2020 года (утв. Правительством Российской Федерации 24.04.2012 № 1853п-П81) предусмотрено, что приоритетным направлением развития биотехнологий является биомедицина, а внутри этого сектора требуются организация и ведение банков биологических образцов и генетического материала человека, унификация протоколов забора и хранения биоматериала.

В российской практике создаваемые биобанки — банки биологического материала, ДНК-депозитарии, коллекции, банки стволовых клеток, банки донорского материала, репозитарии и пр.). Средства массовой информации сообщают о работе в России 20 биобанков и более 200 коллекций биологических материалов человека [Туманов Р., 2019: 1]. Данные о количестве биобанков в мире различаются. Например, есть сведения о функционировании 500 биобанков в разных странах, включающих 300 млн. единиц хранения [Муравьев А., 2017: 3].

Следует отметить, что существуют коллекции с образцами и других живых организмов — семян, культур тканей растений, ДНК животных, микроорганизмов и вирусов. Например, в 2010 г. создан региональный генетический банк редких и находящихся под угрозой исчезновения видов растений, занесенных в Красную книгу Волгоградской области; ответственным за его ведение является государственное бюджетное учреждение «Волгоградский региональный ботанический сад». Особенности правового статуса подобных коллекций в данном исследовании не рассматриваются.

В то же время создаются комплексные коллекции, когда в составе и на территории одного хранилища образуются собрания образцов живых организмов разных видов. В Беларуси в 2013 г. был образован Республиканский банк ДНК человека, животных, растений и микроорганизмов при государственном научном учреждении «Институт генетики и цитологии Национальной академии наук Беларуси». В России в структуру биобанка ФГБУ «НИИ гриппа» Минздрава России наряду с коллекциями вирусов гриппа и

---

<sup>1</sup> СПС КонсультантПлюс.

ОРВИ, клеточных культур, гибридомов, вирусов-реассортантов, плазмидов входит и хранилище сыворотки крови человека. В таком случае правовой статус части коллекции подпадает под режим биобанка биоматериалов человека.

## 1. Правовые нормы о статусе биобанка

В настоящее время отсутствует единый нормативный акт, отражающий особенности правового статуса биобанка в целом, но частично регламентируется правовое положение отдельных видов биобанков с учетом вида биологического материала. Так, приняты Требования к организации и деятельности биобанков и правила хранения биологического материала, клеток для приготовления клеточных линий, клеточных линий, предназначенных для производства биомедицинских клеточных продуктов, биомедицинских клеточных продуктов (утв. приказом Минздрава России от 20.10.2017 №842н<sup>2</sup>), Положение о Банке стволовых клеток пуповинной/плацентарной крови человека (утв. приказом Минздрава от 25.07.2003 № 325 «О развитии клеточных технологий в Российской Федерации»<sup>3</sup>), приказ Минздрава, РАМН от 6.02.2001 № 36/11 «О создании банка тканей, крови больных раком щитовидной железы 1968-86 гг. рождения, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС»<sup>4</sup>.

В то же время необходимость учета, систематизации, оценки и хранения биологических материалов следует из ряда законов и иных нормативных актов (например, ст. 15 Федерального закона от 20.07.2012 № 125-ФЗ «О донорстве крови и ее компонентов»<sup>5</sup>, ст. 10,12 Федерального Закона от 3.12. 2008 г. № 242-ФЗ «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации»<sup>6</sup>, ст. 2.5. Положения о Центре биомедицинских технологий ФМБА России, утв. приказом ФМБА от 21.12.2009 № 891 «Об организации Центра биомедицинских технологий ФМБА России»<sup>7</sup> и других).

Несмотря на использование слова «банк», к отношениям создания, формирования структурных единиц, управления, ликвидации банка биологических материалов не применяется банковское законодательство, поскольку

---

<sup>2</sup> Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 24-01-2019); далее — Требования к организации и деятельности биобанков биомедицинских клеточных продуктов.

<sup>3</sup> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2003. № 49 (далее — Положение о Банке стволовых клеток пуповинной/плацентарной крови человека 2003 г.).

<sup>4</sup> Здравоохранение. 2001. № 5.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2012. № 30. Ст. 4176.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2008. № 49. Ст. 5740.

<sup>7</sup> СПС КонсультантПлюс.

биобанк не совершает операции с денежными средствами и драгоценными металлами как основными инструментами, а совершает круг действий с биологическими материалами человека.

Использование в обозначении слов «биодепозитарий», «хранилище» недостаточно для отождествления статуса биобанка с правовым положением товарного склада для применения норм о хранении вещей в ломбарде, гостинице, гардеробе организаций, поскольку глава 47 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК) «Хранение» посвящена регулированию отношений хранения вещей, не ограниченных в обороте, с участием как профессионального, так и непрофессионального хранителя. Кроме того, при определенных условиях биобанк использует биоматериал для научных исследований или предоставляет возможность использования другим лицам, что не отвечает природе отношений по хранению обычных вещей.

Специфика деятельности биобанков следует из понимания биологических материалов<sup>8</sup>, их свойств и назначения. Закон «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации» называет биологическими материалами содержащие геномную информацию ткани и выделения человека или тела (останков) умершего человека (ст. 1). Более поздний закон отнес к биологическим материалам биологические жидкости, ткани, клетки, секреты и продукты жизнедеятельности человека, физиологические и патологические выделения, мазки, соскобы, смывы, биопсийный материал (ст. 2 Федерального закона от 23.06.2016 № 180-ФЗ «О биомедицинских клеточных продуктах»<sup>9</sup>). Оба определения не противоречат друг другу: в первом подчеркивается квалифицирующий признак биоматериала — содержание геномной информации о человеке, во втором дается перечень возможных, используемых биоматериалов человека.

Анализ российских нормативных актов и локальных актов организаций здравоохранения, высшего образования (имеющих в составе биобанки) позволяет сделать вывод об отсутствии системного подхода законодателя к формированию законодательства о биобанках. В литературе прогнозируется возможное обновление законодательства путем появления одной-двух статей в новых федеральных законах о биологической безопасности и (или) о науке с отсылками к многочисленным подзаконным актам либо принятия самостоятельного закона, регулирующего биобанкинг [Мохов А.А., 2018:38]; [Пржиленский В.М., Вергун А.А., 2019: 36]. Вероятно, в связи с пробелами в регулировании биомедицины и разных видов деятельности с геномом человека эффективнее либо принять общий закон о правовом регулировании

---

<sup>8</sup> В дальнейшем термины «биологические материалы» и «биоматериалы» рассматриваются как тождественные.

<sup>9</sup> СЗ РФ. 2016. № 26 (Часть I). Ст. 3849.

применения геномных технологий, либо отдельные законы по различным направлениям, включая закон о биобанках и их деятельности.

Зарубежные исследователи также констатируют отсутствие разработанного законодательства о биобанках. В основном к деятельности биобанков применяется национальное законодательство о персональных данных, о трансплантации, биомедицинских исследованиях, статусе органов и тканей человека [Kaue J. et al, 2016: 195–200]; [Hallinan D., Friedewald M., 2015: 1]. Чаще всего в контексте деятельности биобанков анализируются Директива 95/46/ЕС от 24.10.1995 «О защите прав физических лиц применительно к обработке персональных данных и о свободном движении таких данных» и сменивший ее Регламент № 2016/679 Европейского парламента и Совета Европейского союза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных». Эти международные документы касаются только одного важного вопроса в деятельности биобанка — порядка и формы выражения согласия доноров на использование их биологического материала. Пока в Европе на законодательном уровне специальные законы о биобанках (охватывающие вопросы создания, ликвидации биобанка, принципы их деятельности, обязанности биобанка и пр.) имеются в Финляндии, Швеции, Бельгии.

Отдельно следует остановиться на Декларации Всемирной медицинской ассоциации об этических рекомендациях относительно баз данных о здоровье и биобанках<sup>10</sup>. В этом документе врачи и другие лица, участвующие в использовании биологического материала человека, призываются принять принципы поведения, среди которых:

признание права гражданина осуществлять контроль над использованием его личных данных и биологического материала;

учет добровольности при сборе, хранении и использовании данных и биологического материала;

утверждение создания биобанка независимым этическим комитетом;

обеспечение доступа общественности к информации о биобанках;

включение в механизм управления биобанком правил о процедурах доступа к биоматериалам, их утилизации, об определении ответственного лица за эксплуатацию, о мерах безопасности для предотвращения несанкционированного доступа или неправильного обмена и пр.

Несмотря на рекомендательный характер положений Декларации, она способствует формированию национального законодательства о банках биологических образцов человека.

---

<sup>10</sup> Принята 53-й Генеральной Ассамблеей ВМА в 2002 г. и пересмотрена на 67-й Генеральной Ассамблее ВМА в 2016 г. Available at: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-taipei-on-ethical-considerations-regarding-health-databases-and-biobanks/> (дата обращения: 24-01-2019)

## **2. Создание биобанка: состояние и перспективы**

В настоящее время биобанк может создаваться как структурное подразделение некоммерческой медицинской или образовательной организации, занимающейся научно-исследовательской деятельностью, научных центров (институтов) без прав юридического лица. Например, «Медико-генетический научный центр зарегистрировал создаваемую коллекцию образцов биоматериала (Генетический банк крови и Клеточный банк генетических заболеваний) в качестве отдельного функционального структурного подразделения ЦКП «Биобанк».

Не противоречит российскому законодательству создание биобанка как коммерческой организации или подразделения коммерческой организации (за исключением банков крови). Так, биобанк стволовых клеток пуповинной крови ГЕМА — подразделение АО «Международный медицинский центр обработки и криохранения материалов» (ММЦБ); в свою очередь, ММЦБ является 100% дочерней компанией ПАО «Институт стволовых клеток человека».

Согласно Требованиям к организации и деятельности биобанков биомедицинских клеточных продуктов биобанки организуются разработчиками биомедицинских клеточных продуктов, производителями, организациями, осуществляющими клинические исследования биомедицинского клеточного продукта, реализацию, применение, хранение биомедицинских клеточных продуктов (п.2). В этом подзаконном акте упоминается учредитель, но не указано, является ли биобанк самостоятельным субъектом права или нет.

Полагаем, что на этапе формирования законодательства о биобанках целесообразно разрешить функционирование всех созданных биобанков как самостоятельных, так и в структуре других юридических лиц, конечно, с учетом соблюдения правил безопасности для человека и окружающей среды в целях сохранения ценных коллекций. Если ранее созданная коллекция биоматериалов не отвечает позднее принятому стандарту, то возможен перевод этой коллекции на статус музейной, архивной коллекции с иными правилами работы и требованиями.

В дальнейшем в России возможно одновременное функционирование и государственных и негосударственных банков биологических образцов. Такой подход наблюдается и за рубежом [Брагина Е.Ю., Буйкин С.В., Пузырев В.П., 2009: 20–22]; [Молдавская О., Кулаков В., 2004: 1].

Вместе с тем из числа учредителей должны быть исключены индивидуальные предприниматели и граждане в связи с невозможностью финансирования ими закупок дорогостоящих качественных автоматизированных систем хранения (автоматическая станция хранения биологических образцов на  $-20^{\circ}\text{C}$  со специализированным программным обеспечением стоит около

1 млн. долл.) [Еропкин М.Ю., 2015:10], трудностями сотрудничества с большим количеством доноров, клиентов, из-за социальной ценности биоматериала как носителя генетической информации.

Поскольку биобанки — относительно новые субъекты на рынке услуг и работ, то контроль за их деятельностью со стороны государства в форме лицензирования деятельности, отчетности, установления в федеральном законе отдельных запретов и ограничений, необходим.

Для сравнения укажем, что Директива № 2004/23/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза (принята 31.03.2004) «Об установлении стандартов качества и безопасности для донорства, приобретения, контроля, обработки, сохранения, хранения и распределения человеческих тканей и клеток» предусматривает, что члены ЕС должны обеспечить, чтобы все учреждения по тканям, где проводится деятельность по контролю, обработке, сохранению, хранению или распределению человеческих тканей и клеток, предназначенных для применения людьми, были аккредитованы, назначены, имели авторизацию или лицензию компетентного органа для указанных видов деятельности (ст.6)<sup>11</sup>.

В России медицинская деятельность подлежит лицензированию, к ней отнесены: сбор, криоконсервация и хранение половых клеток и тканей репродуктивных органов; заготовка, хранение донорской крови и (или) ее компонентов; изъятие и хранение органов и (или) тканей человека для трансплантации<sup>12</sup>.

При этом исходя из Закона «О донорстве крови и ее компонентов» перечень субъектов, осуществляющих заготовку и хранение донорской крови и (или) ее компонентов, исчерпывающий. В их число входят медицинские организации государственной системы здравоохранения; организации федеральных органов исполнительной власти, в которых федеральным законом предусмотрена военная и приравненная к ней служба; медицинские организации, которые подведомственны уполномоченным органам местного самоуправления и соответствующие структурные подразделения которых созданы не позднее 1.01. 2006 г. (п. 1 ст. 15).

Заложены основы отчетности по деятельности биобанков. Порядок учета донорских органов и тканей человека, предназначенных для оказания медицинской помощи методом трансплантации, сроки предоставления соответствующей статистической отчетности в Минздрав России предусмотрены

---

<sup>11</sup> СПС КонсультантПлюс. Россия не участвует.

<sup>12</sup> Постановление Правительства РФ от 16.04.2012 № 29 «О лицензировании медицинской деятельности (за исключением указанной деятельности, осуществляемой медицинскими организациями и другими организациями, входящими в частную систему здравоохранения, на территории инновационного центра «Сколково»)» //СЗ РФ. 2012. № 17. Ст. 1965.



приказом Минздрава от 8.06.2016 № 355н<sup>13</sup>. Но действие этого нормативного акта не распространяется на учет органов и тканей человека, предоставленных в биобанк для научно-исследовательской деятельности или для дальнейшего использования самим клиентом, его родственниками.

Согласно Положению о Банке стволовых клеток пуповинной/плацентарной крови человека 2003 г. банк стволовых клеток ежегодно к 15 января года, следующего за отчетным, подает в Минздрав отчет о заготовленных образцах стволовых клеток пуповинной/плацентарной крови человека и о передаче образцов научным и образовательным медицинским организациям для выполнения научных исследований (п.4).

Однако единый подход к отчетности как форме государственного контроля предполагает установление для всех видов биобанков независимо от цели использования биологического материала человека контролирующего органа, круга обязательных сведений, входящих в отчет, форм и сроков предоставления отчета.

### **3. Правоспособность биобанка**

Выделим а) виды деятельности, типичные для всех биобанков, и б) виды деятельности, характерные для специализированных биобанков.

Среди типичных видов деятельности укажем основные и сопутствующие. Все биобанки выполняют основные действия по сбору, тестированию биологического материала на качество, обработке, фиксации в базе данных, хранению, выдаче (или распространению) биоматериала на определенных условиях.

Сбор биологического материала подразумевает непосредственно передачу биоматериала (если функции биобанка выполняет структурное подразделение медицинской организации, получающее биоматериал после диагностических процедур или операций, либо приобретение биоматериала у другой медицинской организации), забор биоматериала у донора или у лица, планирующего использование биоматериала в дальнейшем для себя. В зависимости от вида биоматериала технология забора отличается<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Приказ Минздрава России от 8.06.2016 № 355н «Об утверждении порядка учета донорских органов и тканей человека, доноров органов и тканей, пациентов (реципиентов), форм медицинской документации и формы статистической отчетности в целях осуществления учета донорских органов и тканей человека, доноров органов и тканей, пациентов (реципиентов) и порядка их заполнения». Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 25-02-2019)

<sup>14</sup> В частности, Гемабанк информирует, что забор пуповинной крови занимает пять минут; в момент родов, после того как пуповина перерезана, врач вводит иглу системы для забора крови в вену отсеченной пуповины, и кровь самотеком поступает из плаценты в герметичный мешок. Available at: URL: <https://gemabank.ru/nashi-uslugi/sohranenie-kletok-pupovinnoy-krovi> (дата обращения: 24-01-2019)

Тестирование также является обязательным видом деятельности для любого биобанка с целью проверки качества поступающих биоматериалов (на отсутствие/наличие возбудителей вирусных и бактериальных инфекций, жизнеспособность, количество ядродержащих клеток и группу крови для банка стволовых клеток и др.). Тестирование завершается описанием характеристик биоматериала. В частности, в Порядке формирования, использования, хранения, учета и уничтожения коллекции постоянного хранения образцов стандартизованных клеточных линий (утв. приказом Минздрава России от 27.03. 2018 № 123н<sup>15</sup>) это сформулировано следующим образом: «ответственное лицо должно осуществлять мониторинг поступающих на экспертизу качества образцов клеточных линий и осуществлять их отбор»; «составляет характеристику клеточной линии, содержащую описание происхождения клеточной линии и ее структуры (биохимическая, иммунологическая, генетическая, цитогенетическая, иная), отличительных свойств клеток, входящих в состав клеточной линии. Данная характеристика должна оформляться на бумажном носителе и прилагаться к образцу клеточной линии, хранящемуся в коллекции» (п.3,4).

Все ткани и клетки, которые не соответствуют этим требованиям, должны быть забракованы. Следствием тестирования является включение образца в биобанк или его утилизация, а в некоторых случаях — возврат клиенту по его требованию.

Для сохранения биоматериала требуется обработка. Существуют различные способы сохранения тканей человека для предотвращения их деградации, но наиболее надежным методом в современных условиях считается глубокая заморозка (криогенная консервация) с добавлением в раствор биопротекторов, предотвращающих разрушение клеточных мембран [Румянцев П.О., Мудунов А.М., 2017: 170–171, 175].

Отдельный вид деятельности биобанка — создание и ведение базы данных по всем образцам — означает формирование блока стандартизированной информации (даты взятия образца, доставки, тип материала, местонахождение в хранилище, ответственный за хранение и др.).

Хранение является не складированием, оно включает мониторинг условий хранения и перемещения биоматериала, оборудование помещений (зон) хранения биоматериалов системами кондиционирования воздуха и светозащиты. За счет энтомологического и микологического надзора за состоянием биологических объектов хранение обеспечивает сохранение биологических свойств биоматериалов и предотвращение их инфицирования и загрязнения.

---

<sup>15</sup> Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 25-02-2019). Следует все-таки отметить, что стандартизованная клеточная линия — это результат культивирования и модификации клеток человека вне его организма.

Действия по выдаче биоматериала организациям для научной работы осуществляются с согласия доноров, именные банки предоставляют биоматериал гражданам, их передавшим, или по их указанию — другим лицам.

К сопутствующим функциям всех банков относятся: 1) документальное оформление действий по хранению биологических объектов; 2) обеспечение охраны помещений (зон) для хранения; консультации с клиентами (заказчиками, пациентами) по различным аспектам хранения; 3) выполнение санитарно-противоэпидемических мероприятий для безопасности работников, предотвращения распространения инфекционных заболеваний; 4) отчетность о деятельности.

Биобанки могут специализироваться по видам хранимого биологического материала и по условиям его выдачи. Для специализированных биобанков помимо общих основных видов деятельности характерны и иные специальные ее виды. Так, для банков донорских органов дополнительный специальный вид деятельности — поиск доноров, организация очереди на донорский материал, подборка пар донора и реципиента с наилучшей гистосовместимостью; для банков стволовых клеток пуповинной/плацентарной крови человека — выделение концентрата стволовых клеток пуповинной/плацентарной крови человека; для международных биобанков — деятельность по обмену биоматериалами.

Объем действий биобанка связан с источниками финансирования, принадлежности его имущества определенному субъекту и организационно-правовой формой юридического лица.

Государственные биобанки финансируются за счет государства, а пополняются путем безвозмездного донорства или иным образом и прежде всего осуществляют исследования, оказывают медицинскую помощь, также выполняют иные делегированные им государственные функции.

В частности, созданный в Обнинске на базе Медицинского радиологического научного центра РАМН банк тканей, крови больных раком щитовидной железы 1968–1986 гг. рождения, подвергшихся воздействию радиации на Чернобыльской АЭС, предназначен для изучения медицинских последствий чернобыльской катастрофы, унификации научно-методического подхода к морфологическому исследованию патологии щитовидной железы и повышению его качества, координации исследований рака щитовидной железы у больных, подвергшихся воздействию радиации. При этом приказом Минздрава предписано руководителям органов управления здравоохранением Брянской, Калужской, Орловской, Тульской областей, директору Онкологического научного центра РАМН, директору Московского онкологического института им. П.А. Герцена обеспечить передачу в Медицинский радиологический научный центр парафиновых блоков удаленных опухолей,

окружающих ее тканей и лимфатических узлов, а также фиксированных в формалине кусочков тканей указанных больных раком щитовидной железы.

Банки сыворотки крови оценивают состояние популяционного иммунитета для определения риска и степени эпидемиологической опасности распространения на отдельных территориях страны социально значимых и опасных инфекционных заболеваний с помощью информативной паспортизированной коллекции сывороток крови, проводят мониторинг инфекционной заболеваемости, контроля и прогноза развития эпидемического процесса.

Уже сейчас биобанки — структурные подразделения государственных учреждений оказывают услуги и частным лицам за плату. Такая деятельность характеризуется как приносящая доход деятельность в рамках уставных задач организации.

Негосударственные биобанки осуществляют забор биоматериала у доноров, хранение биоматериалов граждан с последующим возвратом за плату, ведут собственную научную деятельность, передают другим исследовательским организациям биоматериал для научной работы. Для негосударственных коммерческих организаций хранение и связанные с ним действия относятся к предпринимательской деятельности, и поэтому у них основной источник финансирования — собственная деятельность. В частности, уже известные за рубежом именные (персональные) банки пуповиной крови осуществляют целевое хранение стволовых клеток, предполагающее их перспективное применение в случае возникновения заболевания у самого ребенка или его ближайших родственников. В России функционируют коммерческие организации: «Покровский банк стволовых клеток» в Санкт-Петербурге, Гемабанк в Москве — подразделение указанной выше компании ММЦБ; количество персональных образцов на 2018 г. составляет 28 000<sup>16</sup>.

Деятельность биобанка реализуется посредством заключения и исполнения ряда гражданских договоров. Биобанк заключает такие договоры, обеспечивающие его деятельность: на закупку оборудования, на его ремонт, договоры банковского счета, кредитные, договоры спонсорства, рекламы и др.

Отдельную группу образуют договоры по поводу биоматериалов: договоры донорства для лечебной деятельности или для последующей передачи другим организациям; договоры о заборе и долгосрочном хранении биоматериала клиента; договоры о предоставлении биоматериалов в пользование в научных целях; договоры о проведении научно-исследовательских работ для организации-заказчика и др. Для систематизации деловой документации разрабатываются примерные договоры. В 2019 г. создана Национальная ассоциация биобанков и специалистов по биобанкированию (НАСБио), ко-

---

<sup>16</sup> Available at: URL: <https://gemabank.ru/o-kompanii/o-gemabanke> (дата обращения: 20-05-2019)

торая наряду с другими целями намерена внедрять в практику российских биобанков единые стандарты и методические подходов, принятые в международной практике.

Полагаю, что правоспособность банков биологических образцов — специальная. Это связано со спецификой области деятельности — биомедициной, спецификой используемых методов — биотехнологий, в том числе геномных технологий, и спецификой объекта хранения, содержащего идентифицирующую человека геномную информацию.

## **4. Структура биобанка и правовой режим его имущества**

### **4.1. Структура биобанка**

Структура биобанка состоит из нескольких единиц (департаментов, управлений, отделений): организационно-методическое отделение; отделение криогенного хранения; научно-исследовательский отдел (лаборатория) и другие. Управление биобанком осуществляется с учетом его отнесения к виду организации (коммерческая или некоммерческая) и к определенной организационно-правовой форме. Если биобанк является структурным подразделением медицинской, образовательной, научной организации, его руководитель назначается приказом директора (ректора, руководителя) организации.

### **4.2. Виды имущества**

Имущество биобанка можно разделить на две группы по режиму пользования и распоряжения: имущество, обеспечивающее деятельность биобанка, и биоматериалы.

Имущество, обеспечивающее деятельность биобанка, включает основные и оборотные средства. Это имущество должно принадлежать биобанку (или организации, в структуре которой биобанк) на праве собственности или на ином законном основании. Основные и оборотные средства этой группы являются вещами, свободными в обороте.

К основным средствам относятся здания и (или) помещения, используемые как для хранения, научной деятельности, так и для административных функций. Среди оборотных средств выделим специальную группу — медицинские изделия (оборудование, аппараты, приборы, инструменты), необходимые для медицинских работ (услуг) и зарегистрированные в установленном порядке. К их числу относятся комплексные автоматизированные системы хранения, оборудование по хранению биообъектов, системы автоматического мониторинга условий криохранения, приборы по осуществлению контроля качества, сосуды Дьюара и другие емкости для криоконсервирования и пр.

Биоматериалы в период хранения могут находиться: 1) в собственности клиентов и во временном владении биобанка, и (или) 2) в собственности био-

банка, если биоматериалы переданы донором в собственность биобанка. Как уже отмечалось выше, биоматериалы относятся к вещам, ограниченным в обороте. Имущество субъектов обращения донорской крови и (или) ее компонентов не подлежит приватизации (п. 5 ст. 15 Закона «О донорстве крови и ее компонентов»). Как отдельная характеристика важно и то, что биологические материалы сохраняют свои свойства на протяжении периода хранения.

Биоматериалы клиентов, которые по договорам временно находятся на хранении в биобанке, должны быть обособлены от биоматериалов, принадлежащих на праве собственности (другом вещном праве) биобанку. Биоматериалы клиентов должны отражаться на отдельном балансе и подлежать обособленному учету. Обращение взыскания на них по долгам биобанка не должно допускаться, поскольку это нарушало бы личные неимущественные и имущественные права клиентов.

Биоматериалы в собственности биобанка могут группироваться в отдельные коллекции. К примеру, Республиканский банк ДНК человека, животных, растений и микроорганизмов Беларуси обособляет коллекцию образцов ДНК для научных целей (образцы, используемые юридическими лицами, занимающимися молекулярно-генетическими исследованиями, для научной работы) и коллекцию образцов ДНК для коммерческого хранения (образцы, принимаемые на платное хранение от физических и юридических лиц и представляющие интерес для депозитора). Вероятно, такое деление позволит установить более эффективные режимы использования.

#### **4.3. Источники финансирования**

Источники финансирования государственного некоммерческого биобанка биоматериалов — средства бюджета; средства, полученные от приносящей доход деятельности; средства, полученные в виде безвозмездных благотворительных поступлений и добровольных пожертвований; средства, полученные в виде грантов на осуществление научной деятельности; иные источники, предусмотренные законодательством. Для коммерческого биобанка основным источником финансирования является прибыль, полученная за оказанные услуги по тестированию, криоконсервации, хранению, отчуждению биоматериалов.

## **5. Основные права физических и юридических лиц, взаимодействующих с биобанком, и риски их нарушения**

### **5.1. Создание и деятельность биобанков**

Они затрагивают следующие права граждан:

на жизнь (риск нарушения при выдаче биоматериалов без проверки (ненадлежащей проверки) качества, что может вызвать неизлечимые наследственные, инфекционные заболевания или мгновенную смерть);

на безопасность работников биобанка, непосредственно осуществляющих изучение биоматериалов и иную деятельность с ними (риск нарушения при неиспользовании защитных средств; в ситуациях стихийных бедствий; при ненадлежащем хранении биоматериалов и пр.);

на здоровье при сборе биоматериалов (риск нарушения из-за применения инвазивных методов без соблюдения правил);

на телесную неприкосновенность (риск нарушения при несоблюдении волеизъявления лица об отказе от сдачи биоматериала);

на тайну и неприкосновенность персональных данных (риск нарушения при незаконном сборе и хранении биоматериалов, при первичном или повторном использовании биоматериалов без согласия донора, при распространении сведений об известных клиентах для рекламы и др.);

на здоровую окружающую среду (риск нарушения при неправомерном завладении биоматериалами и последующем умышленном или неосторожном вредном воздействии на окружающую среду и др.);

право собственности на биоматериалы, переданные на хранение (риск нарушения в случае гибели биоматериалов при случайных или умышленно подготовленных авариях и техногенных катастрофах и др.).

## **5.2. Создание и деятельность биобанков**

Оно затрагивает следующие права юридических лиц — учредителей, получателей биоматериала, грантодателей:

на получение прибыли (риск неполучения из-за высоких цен на автоматизированные комплексные системы хранения, изменения стандартных требований к хранимым образцам, из-за роста конкуренции и др.);

на сохранение коммерческой тайны (риск разглашения третьими лицами в целях собственной рекламы, риск использования секретов производства без затрат и др.);

на свободу заключения и содержания договоров с биоматериалом человека (риск введения ограничений при изменении законодательства в этой области, при разработке типовых правил саморегулируемыми организациями и др.).

В литературе ранее отмечалось, что «в деятельности биобанков существует объективный конфликт интересов связанных социальных групп...»; «каждая из них объективно заинтересована в расширении контроля над биобанком, а поскольку их интересы в части требований к биобанку и принципам его работы не совпадают, это приводит к противоречиям, которые не могут быть полностью устранены...» [Вархотов Т.А. и др. , 2016: 132].

Сочетание разнонаправленных интересов и гарантии осуществления прав и исполнения обязанностей, связанных с деятельностью биобанка, достигается путем проработки в нормативных актах конкретных правил поведения субъектов, а также принципов деятельности биобанка.

## **6. Принципы деятельности биобанка и порядок прекращения его деятельности**

**6.1. Исходя из специальной правоспособности биобанка, широкого круга лиц, сотрудничающих с ним, определения системы возможных рисков деятельности, недостаточной детальной прорисовки правил поведения, сформулируем основные принципы деятельности банка биологических материалов человека:**

соблюдение конфиденциальности доноров и их информирование о целях использования предоставленных биоматериалов,

обеспечение безопасности сотрудников банка, контактирующих с биологическими материалами,

доступность биоматериала для научных исследований при условии анонимности доноров и клиентов и (или) их согласия на подобное использование,

обеспечение учредителям, грантодателям биобанка получения прибыли или иных преференций, в том числе за счет отчуждения биоматериалов доноров, упрощении процедуры получения донорского согласия.

**6.2. Согласно п.5 Положения о Банке стволовых клеток пуповинной/плацентарной крови человека 2003 г. реорганизация и ликвидация Банка стволовых клеток осуществляются научной или образовательной медицинской организацией по согласованию с Минздравом в установленном порядке. Других правил прекращения деятельности биобанка не разработано.**

Особенности прекращения деятельности биобанка в том, что в целях сохранения интересов вкладчиков биоматериала следует предусмотреть в законе вид организации — возможного правопреемника, а в учредительном документе — возможно и наименование правопреемника, в случае ликвидации биобанка.

Отсутствие правил о судьбе биоматериалов на момент принятия решения о прекращении биобанка может повлечь гибель отдельного биоматериала или всей коллекции, невозможность возврата биоматериала в необходимый клиенту период и другие неблагоприятные последствия. Так, в деле «Кнехт против Румынии», рассмотренным Европейским судом по правам человека, описываются мытарства заявительницы, которая разместила принадлежащие ей эмбрионы в частной клинике. Через некоторое время эмбрионы были изъяты государственными органами в ходе расследования по уголовному делу в связи с отсутствием аккредитации на момент получения биоматериалов, помещены в Институт судебной медицины (назначенный законным депозитарием генетического материала). При этом сначала не



была предоставлена информация о новом депозитарии, затем оказалось, что депозитарий не имел разрешения на хранение соответствующих биоматериалов, далее возникли сомнения в условиях хранения у последующих депозитариев. В конце концов заявительницу сочли недостаточно осмотрительной в выборе организации, которой она намеревалась доверить защиту своих эмбрионов (любое добросовестное лицо, как правило, наведет минимальные предварительные справки о клинике)<sup>17</sup>.

## **7. Определение биобанка**

Институт биобанка требует междисциплинарного и универсального подхода на всех этапах жизненного цикла, так как затрагивает интересы разных групп лиц, порождает этические проблемы, нуждается как в позитивном регулировании, так и в государственном и общественном контроле. Науку о биобанках предлагается считать частью персонализированной медицины [Kinkorová J., 2016: 4].

Биобанкинг как деятельность, формирующаяся в отрасль, включает производство и ремонт специального оборудования, обработку биоматериалов, оказание услуг по хранению биоматериалов, меры по обеспечению безопасности сотрудников и окружающей среды, деятельность по сохранению конфиденциальности персональных данных доноров, а также иные компоненты.

Философы считают, что биобанк как объект «представляет собой нечеткое динамическое множество элементов (в принципе остающихся гетерогенными, т.е. принадлежащими различным классам в структуре нормативных типологий), находящихся в сложных (как правило, нелинейных) отношениях координации и фактической связности» [Вархотов Т.А. и др., 2016: 135]. Для юриста такое определение интересно, но практически не применимо для регулирования спорных ситуаций, так как лишено привязок к действующему законодательству по терминам, способу представления категорий, насыщено оценочными понятиями.

Известно определение биобанка, данное международным сообществом по биологическим и экологическим депозитариям (ISBER), согласно которому под биобанком понимается организация, которая получает, хранит, обрабатывает и (или) распространяет биологические образцы. Многие зарубежные ученые объясняют суть биобанка в сочетании в одной структуре биоматериалов и базы данных для каждого образца [Artene S. et al., 2013: 1]; [Kvit N. 2017: 96]; [Tarkkala H., 2019: 4–5]. В российской юридической литературе биобанком называют специализированную организацию, которая

---

<sup>17</sup> Постановление ЕСПЧ от 02.10.2012 «Кнехт против Румынии» (жалоба № 10048/10) //Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2016. № 9.

занимается хранением определенных биологических материалов и (или) образцов, а также иными, тесно связанными с хранением видами экономической деятельности (обработка и (или) передача образцов, получаемой информации) [Мохов А.А., 2018: 35].

Прежде всего обратим внимание на термины «биологический материал» и «биологический образец». Если исходить из Постановления № 26 Совета Министров Союзного государства «О научно-технической программе Союзного государства «Разработка инновационных геногеографических и геномных технологий идентификации личности и индивидуальных особенностей человека на основе изучения генофондов регионов Союзного государства»» («ДНК–идентификация»; принято 16.06.2017<sup>18</sup>), биологический образец — это часть биологического материала, отобранного для анализа. В связи с этим для обозначения объекта деятельности биобанка логично взять термин «биологический материал» (либо только биологический образец, как это используется в ряде документов ЕС).

Отдельные ученые выделяют группу виртуальных биобанков, которые не содержат биологических образцов, но предлагают услуги определения местоположения и поиска образцов, хранящихся в мировом или национальном масштабе [Kinkorová J., 2016: 4]. Вероятно, такое собрание сведений является по статусу специализированной базой данных, но не видом биобанка, осуществляющим обязательно хранение биологического материала в натуре.

Целесообразно в определении отразить все основные обязательные виды деятельности биобанка, не пытаясь создать «экономный», упрощенный вариант. Вряд ли можно сводить деятельность биобанка к экономической, поскольку государственные биобанки занимаются и будут заниматься фундаментальными исследованиями с биоматериалом человека, такую деятельность нельзя назвать экономической. Прикладные исследования, хотя и имеют на выходе продукт, используемый в производстве, но экономической деятельностью также не являются.

С учетом сказанного дадим определение банка биологических материалов человека. **Биобанк** — коммерческая или некоммерческая организация, профессионально занимающаяся сбором, тестированием, обработкой, хранением биоматериалов человека и их фиксацией в базе данных, а также в некоторых случаях дополнительно — научными исследованиями и (или) предоставлением биоматериала физическим и юридическим лицам при определенных условиях за плату или безвозмездно.

---

<sup>18</sup> Официальный сайт Постоянного Комитета Союзного государства — URL: <https://www.postkomsg.com> (дата обращения: 28-02-2019)

## Заключение

Анализ нормативных актов и локальных актов организаций здравоохранения позволяет сделать вывод об отсутствии системного подхода законодателя к формированию законодательства о банках биологических материалов человека. Предлагается разработать закон о биобанках и их деятельности либо общий закон о правовом регулировании применения геномных технологий, включающий раздел о статусе биобанков. В новом нормативном акте следует предусмотреть порядок создания, реорганизации, ликвидации биобанка, принципы его деятельности, специфику управления, правовой режим имущества, правила взаимоотношений доноров и биобанка.



## Библиография

Брагина Е.Ю. Буйкин С.В., Пузырев В.П. Биологические банки: проблемы и перспективы их использования в исследованиях генетических аспектов комплексных заболеваний человека // Медицинская генетика. 2009. № 3. С. 20–26.

Вархотов Т.А. и др. Задачи социально-гуманитарного сопровождения создания национального банка-депозитария биоматериалов//Вопросы философии. 2016. № 3. С. 124–138.

Еропкин М.Ю. Биобанки и их роль в системах биобезопасности, здравоохранения, биотехнологии, экологии и «экономике знаний». 2015. Available at: URL: <http://www.influenza.spb.ru> (дата обращения: 24-01-2019)

Молдавская О., Кулаков В. Использование стволовых клеток можно считать естественной формой «биологического» медицинского страхования жизни (интервью) 2004. URL: <http://www.9months.ru> (дата обращения: 08-02-2019)

Мохов А.А. Биобанкинг — новое направление экономической деятельности // Вестник МГЮА. 2018. № 3. С. 33–40.

Муравьев А. РОСБИО — новая платформа развития. 2017. Available at: URL: <http://www.opcorpathology.ru> (дата обращения: 02-02-2019)

Пржиленский В.М., Вергун А.А. Правовое регулирование деятельности геномных банков в контексте социального, культурного и нормативного многообразия//Актуальные проблемы российского права. 2019. № 3. С. 30–37.

Румянцев П.О., Мудунов А.М. Биобанкинг в онкологии и радиологии // Эндокринная хирургия. 2017. Т.11. № 4. С. 170–177.

Туманов Р. Как это работает: «биобанки» в России. Available at: URL: [https://spbvedomosti.ru/news/country\\_and\\_world/donor\\_idet\\_v\\_bank/](https://spbvedomosti.ru/news/country_and_world/donor_idet_v_bank/) (дата обращения: 02-02-2019)

Artene S. et al. Biobanking in a Constantly Developing. Scientific World Journal, 2013, vol. 3, pp. 1–5.

Hallinan D., Friedewald M. Open consent, biobanking and data protection law: can open consent be 'informed' under the forthcoming data protection regulation? Life Sciences, Society and Policy, 2015, vol. 11, p.1.

Kaye J. et al. Consent for Biobanking: The Legal Frameworks of Countries in the BioSHaRE-EU Project. Biopreserv Biobank, 2016, no 3, pp. 195–200.

Kinkorová J. Biobanks in the era of personalized medicine: objectives, challenges, and innovation. *EPMA Journal*, 2016, vol. 1, p. 4.

Kvit N. Biobank: problems of legal regulation. *Visegrad Journal on Human Rights*, 2017, no 3, pp. 93–100.

Tarkkala H. Reorganizing Biomedical Research: Biobanks as Conditions of Possibility for Personalized Medicine: PhD diss. Helsinki: Faculty of Social Sciences, 2019, 162 p.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1

### Legal Status of the Biobank (Bank of Biological Human Material)



**Marina N. Maleina**

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



#### Abstract

The article defines a biobank as a commercial or non-profit organization professionally engaged in the collection, testing, processing, storage of human biomaterials and its fixation in the database, as well as in some cases additionally — scientific research and (or) the provision of biomaterial to individuals and institutions under certain conditions for a fee or free of charge. The legal capacity of the bank of biological samples is special, since it is associated with the specifics of the field of activity — biomedicine, specifics of methods used — biotechnologies, including genomic technologies, and the specifics of the storage facility containing human genomic information. Activities of biobank is implemented by means of conclusion and execution of civil contracts of donation for scientific, therapeutic activities, agreements on the fence and long-term storage of biological material, etc. The principles of biobank activity are substantiated: 1) observance of confidentiality of donors and their informing on the purposes of use of bio-materials, 2) ensuring the safety of the bank's employees in contact with bio-logical materials, 3) availability of biomaterial for scientific research on condition of anonymity of donors and clients and (or) their consent to such use, 4) providing profit to the founders and sponsors of biobank, including through the alienation of donor biomaterials, simplifying the procedure for obtaining donor consent. It is proposed to preserve state and non-state banks of human biological samples. The biobank property (property supporting the biobank activity, and the biomaterials stored) is grouped in order to secure a special legal regime for each group. Human biological materials are characterized as things limited in circulation. The basic rights of the organizations — founders, recipients of biomaterial, grantees are revealed: 1) the right to profit, 2) the right to trade secrets, 3) the right to freedom of conclusion and content of contracts with human biomaterial. The proposed method of termination of activities of the Biobank is taking into account the interests of its customers.



#### Keywords

bank of biological material; biobank; biorepositorie; legal status; DNA samples; biological samples; cryostorage; biobanking; biotechnologies; genomic technologies

**Acknowledgments:** The study was funded by Russian Foundation for Basic Research according to research project № 18-29-14014.

**For citation:** Maleina M.N. (2020) Legal Status of a Biobank (Bank of Biological Human Materials). *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 98–117 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.98.117



## References

- Artene S. et al. (2013) Biobanking in a Constantly Developing World. *Scientific World Journal*, vol. 3, pp. 1–5.
- Bragina E. Yu., Buikin S.V., Puzyrev V.P. (2009) Biological banks: issues and prospects in research of genetic aspects of complex human diseases. *Medicinskaya genetika*, no 3, pp. 20–26 (in Russian)
- Eropkin M.Y. (2015) Biobanks and their role in safety, health, biotechnology, ecology and knowledge economy. Available at: URL: [www.influenza.spb.ru](http://www.influenza.spb.ru) (accessed: 24-01-2019) (in Russian)
- Hallinan D., Friedewald M. (2015) Open consent, biobanking and data protection law: can open consent be 'informed' under the forthcoming data protection regulation? *Life Sciences, Society and Policy*, vol. 11, p. 1. doi: 10.1186 / s40504-014-0020-9. Available at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4480798/> (accessed: 02–08- 2019)
- Kaye J. et al (2016) Consent for Biobanking: The Legal Frameworks of Countries in the BioSHaRE-EU Project. *Biopreserv Biobank*, no 3, p. 195–200. doi: 10.1089 / bio.2015.0123. Available at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5967579/> (accessed: 03-08-2019)
- Kinkorová J. (2016) Biobanks in the era of personalized medicine: objectives, challenges, and innovation. *EPMA Journal*, vol. 1, p. 4. doi: 10.1186/s13167-016-0053-7. Available at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4762166/> (accessed: 02-008-2019)
- Kvit N. (2017) Biobank: issues of legal regulation. *Visegrad Journal on Human Rights*, no 3, pp. 93–100.
- Moldavskaya O., Kulakov V. (2004) The use of stem cells can be considered a natural form of biological health life insurance. Available at: URL: [www.9months.ru](http://www.9months.ru) (accessed: 08-02-2019) (in Russian)
- Mokhov A.A. (2018) Biobanking is a new area of economic activity. *Vestnik MGUA*, no 3, pp. 33–40 (in Russian)
- Muravyev A. (2017) ROSBIO as a new development platform. Available at: URL: [www.on-copathology.ru](http://www.on-copathology.ru) (accessed: 02- 02-2019) (in Russian)
- Przhilenskiy V.M., Vergun A.A. (2019) Legal regulation of genomic banks in the context of social, cultural and regulatory diversity. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*, no 3, pp. 30–37. doi: 10.17803/1994-1471.2019.100.3.030-038 (in Russian)
- Rumiantsev P.O., Mudunov A.M. (2017) Biobanking in oncology and radiology. *Endocrin-nya chirurgiya*, no 4, pp. 170–177. doi: 10.14341/serg9555 (in Russian)
- Tarkkala H. (2019) *Reorganizing Biomedical Research: Biobanks as Conditions of Possibility for Personalized Medicine*: PhD Thesis. Helsinki, 162 p.
- Tumanov R. (2019) How it works: biobanks in Russia. *Sankt-Peterburgskie vedomosti*, Jan.9 (in Russian)
- Varkhotov T.A. et al. (2016) Objectives of Social and Humanitarian Support to the Establishment of the National Depository Bank of Biomaterials in Russia. *Voprosy filosofii*, no 3, pp. 124–138 (in Russian)

# Смарт-контракт: от определения к определенности

---

## Ю.В. Трунцевский

Профессор, ведущий научный сотрудник отдела методологии противодействия коррупции, Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: trunzev@yandex.ru

## В.В. Севальнев

Ведущий научный сотрудник, отдел А методологии противодействия коррупции Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: sevalnev77@gmail.com

---

## Аннотация

Целью статьи является достижение наилучшего понимания возможностей и препятствий на пути к внедрению и совершенствованию практики применения сетевых договоров (смарт-контрактов). Методология исследования — целостный комплекс принципов и методов научного анализа, присущих современной юридической науке. В качестве основополагающего использован диалектический метод с применением общенаучных (системно-структурный, формально-логический, анализ и синтез отдельных частей, отдельных признаков понятий, абстрагирование, обобщение и др.) и частно-научных (техничко-юридический метод, систематический, компаративистский, исторический, грамматический, метод единства теории и практики и др.) методов. Проведен анализ взглядов юристов и других специалистов России и зарубежных стран, законодательных новелл в сфере цифровых технологий, применения смарт-контрактов на основе блокчейна, основных рисков внедрения смарт-контрактов в хозяйственную деятельность с последующим выделением среди них (правовые, технологические, операционные, криминогенные) факторов их возникновения. Отмечается, что в современных реалиях от юридического определения смарт-контракта, его правовых и технологических характеристик, преимуществ и недостатков необходимо переходить к реализации стартапов в широком круге жизнедеятельности, в первую очередь, в сфере бизнеса, государственного контроля и социальных отношений. Научное обеспечение и информационное сопровождение результатов таких процессов будет способствовать развитию широкого круга отраслей хозяйствования, государственного управления и внедрения цифровых технологий для улучшения качества жизни общества и отдельного гражданина. Внедрение смарт-контрактов не требует принятия новых законов или правил. Существующие правовые принципы следует адаптировать и, возможно, модифицировать как в законодательном, так и в судебном порядке для прямого обращения к смарт-контрактам и другим новым технологиям. Система договорного права более чем адекватна для того, чтобы соответствовать заключению сделок без необходимости создания новых правовых категорий. В качестве предложений разработаны подходы к правовому определению смарт-контракта, а также обоснован комплекс задач, которые необходимо решить на законодательном и технологическо-правовом уровнях в целях внедрения смарт-контрактов в различные сферы общественной жизни.

---



## Ключевые слова

смарт-контракт, блокчейн, технология, договорное право, риск, Интернет вещей, суд.

**Благодарности:** Публикация подготовлена в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 18-29-16023.

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

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.118.147

## Введение

Смарт-контракты (сетевой договор, smart contract; далее — SC) привлекли значительное внимание ученых-правоведов и практикующих юристов за влияние, которое они могут оказать на договорные отношения. Фундаментальной научной задачей в связи с этим является изучение практики применения и анализ препятствий внедрения и совершенствования SC в нашей стране и за рубежом, формулирование путей развития и определение новых сфер их применения с учетом экспоненциального роста цифровых технологий [Хабриева Т.Я., 2018: 5–16]; [Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н., 2018: 85–102].

SC — это действительно революционный инструмент. У них есть потенциал для децентрализации многих процессов, на которые все сегодня полагаются, возможность значительно улучшить существующие решения. Так, Э. Хьюз<sup>1</sup> говорил, что эти технологии придут с людьми, которые устанут от коррупции в государстве и его агрессивной политики. Вместе с тем технология блокчейн вызывает много сомнений с юридической точки зрения, и в законе нет упоминания об основанных на ней договорах, но ясно, что придется столкнуться с необходимостью юридической оценки рассматриваемого явления.

В последние годы реализацией блокчейн являются SC, которые уже используются, и этот процесс набирает масштабы [Перов В.А., 2017: 3–177] [Иванов А.Ю., 2017: 3–237]. Так, выступая на Всемирном конгрессе WeAreDevelopers в 2018 году в Вене, сооснователь Apple С. Возняк сказал, что блокчейн окажет огромное влияние на технологический сектор, назвав эту технологию назвав «следующей крупной революцией в ИТ, которая вот-вот произойдет»<sup>2</sup>. Про-

<sup>1</sup> Американский математик, программист и один из основателей движения киберпанков.

<sup>2</sup> Available at: <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/bitcoin-steve-wozniak-blockchain-apple-cryptocurrency-revolution-a8357336.html> (дата обращения: 02.08.2019)

граммисты и юристы должны сотрудничать в разработке SC. Потребуется словарь, который свяжет правовой язык и компьютерные коды. Ученые должны объединить силы для разработки технически продвинутых приложений и развертывания мощной аналитики.

SC привлекают большое внимание различных отраслей промышленности из-за их способности самостоятельно выполнять и автоматизировать определенные действия, теоретически экономя время и затраты. Это заманчивые коммерческие причины заинтересованности в использовании SC, способных автоматически рассчитывать причитающиеся платежи и товары, подлежащие доставке между сторонами.

Возможными сферами для автоматизации юридических процессов являются следующие операции: due diligence, поиск клиентов, электронная рассылка и оповещение 24 часа в сутки, обработка документов, типовые соглашения и прочие процессы с высокой степенью регулирования.

Внедрение SC позволяет избежать бумажной работы, платежи производятся в меньших более частых суммах, улучшающих денежный поток, а потенциальные проблемы последовательно устраняются из-за более четкого отслеживания и проверки исполнения договорных обязательств. Это предусматривает меньшую вовлеченных людей и полную прозрачность ответственности и бюджета, помогая сдвинуть каждую отрасль хозяйствования в сторону подотчетности и прозрачности и повысить ее эффективность и производительность. «Умное поколение документов» будет позволять составлять высококачественный проект (черновик) быстрее и точнее, а юристы смогут сосредоточиться на тонких формулировках и переговорах [Голованова А.А., 2019: 3–212]. Следующие пять-десять лет мы можем ожидать увеличения автоматизированного объема «традиционной» юридической работы [Анисимов В.Ф., 2018: 11–16] [Бондарчук Д., 2018: 1–2].

Использование SC ставит интересные и новые вопросы в области права и технологий. В дополнение к правовым вопросам, связанным с формированием и исполнением SC, существуют и другие правовые вопросы, которые касаются обеспечения выполнения SC. Эти вопросы включают в себя определения, какие типы механизмов разрешения споров доступны (или должны быть сделаны) и какие типы средств правовой защиты могут или должны быть доступны, учитывая неизменный характер технологии блокчейн, на которой они основаны.

Тем не менее Мейер и Экерт<sup>3</sup> утверждают, что, даже если SC не являются юридическими контрактами как таковыми, они «не находятся в правовом вакууме». Хотя юридически не определены условия, в соответствии с

---

<sup>3</sup> Юристы блокчейна в юридической фирме MME. Available at: <https://finance.yahoo.com/news/smart-contracts-no-problem-world-123200100.html> (дата обращения: 02.08.2019)



которыми должны взаимодействовать две стороны, SC все равно будут подпадать под действие национального права или международных договоров, если они приведут к нарушению таких законов, например, продажа наркотиков. Вместе с тем SC присущ высокий уровень содержания правовых рисков, и только тщательное планирование их снижения организациями поможет преодолеть многие из этих угроз, чтобы предложить эффективные юридические продукты и услуги.

Учитывая межотраслевой и многоаспектный характер рассматриваемой темы, авторами были проведены комплексные исследования следующих аспектов проблемы:

- анализ концептуальных подходов к правовому регулированию Финтеха и Регтеха в России и за рубежом применительно к SC;

- сравнение теоретических основ, технических возможностей и практического уровня внедрения и правового обеспечения SC;

- сравнительно-правовой анализ нормативных правовых основ по регулированию SC;

- анализ потенциального воздействия цифровых технологий на законодательство и общество: законопроектная деятельность по реформированию экономики; выделение секторов экономики, в которых присутствует необходимость внедрения SC.

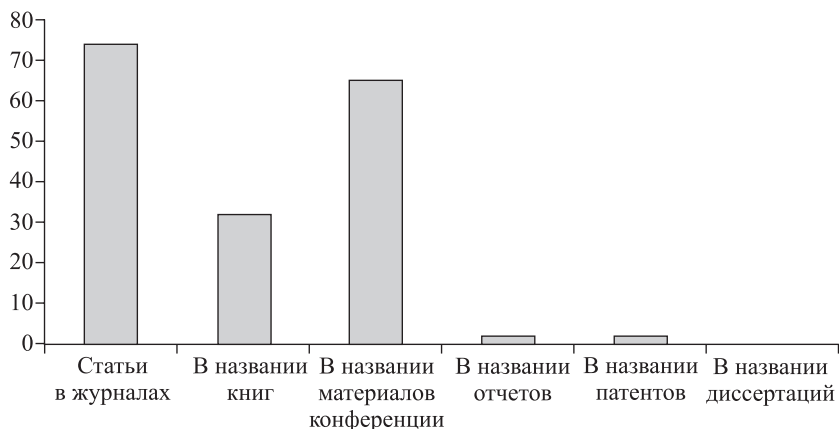
## **1. Научная разработанность проблемы**

Тема SC с каждым годом становится все более популярной, что связано как с их распространением, так и с принятием официальных документов в сфере цифровой экономики, попытками ввести их правовое регулирование. При поиске в научной электронной библиотеке e-library.ru по ключевому слову «смарт-контракт» (по состоянию на 10 августа 2019 г.) получены следующие результаты.

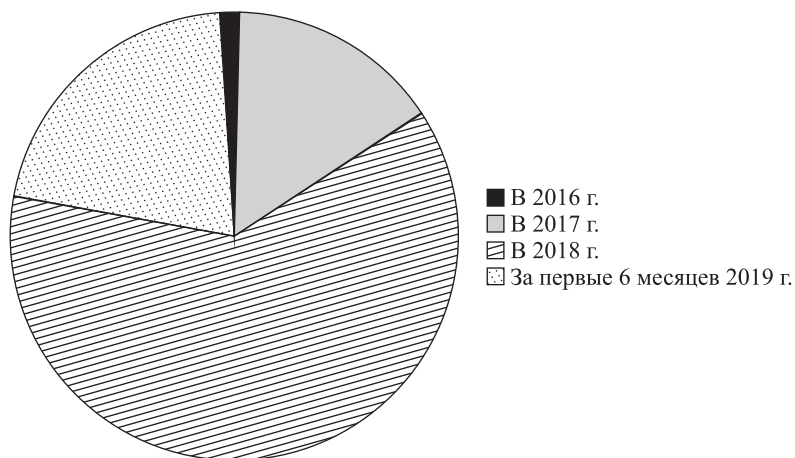
Данное словосочетание используется в названии публикации 152 раза, в том числе в названии статьи в журналах — 74, в названии книг — 32, в названии материалов конференций — 65, в названии отчетов — 2, в названии патентов — 2, в названии диссертаций — 0 (см. рис. 1).

Если посмотреть хронологию появления публикаций, которые в названии используют словосочетание «смарт-контракт», то в 2016 году таких публикаций не было; в 2017 году их было 13; в 2018 году — 100; а за 6 месяцев 2019 года — 39 (см. рис. 2).

В названии, аннотации и ключевых словах словосочетание «смарт-контракт» употребляется 465 раз (в 2016 году — 2; в 2017 г. — 52; в 2018 г. — 308; за первые 6 мес. 2019 г. — 103) (см. рис. 3).

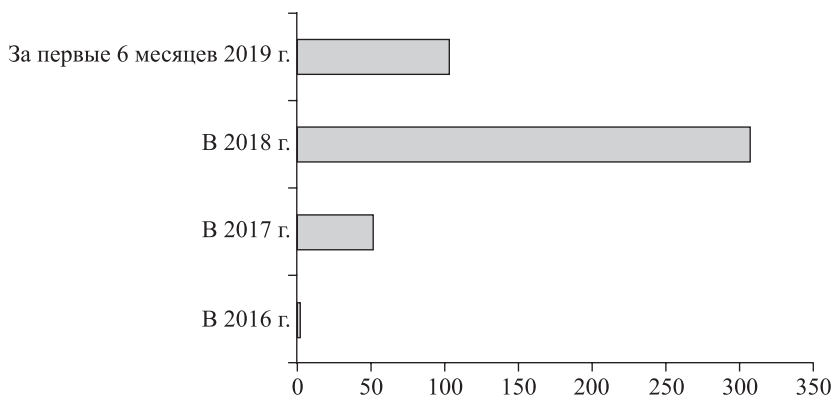


**Рис. 1.** Использование словосочетания «смарт-контракт» в названии публикаций



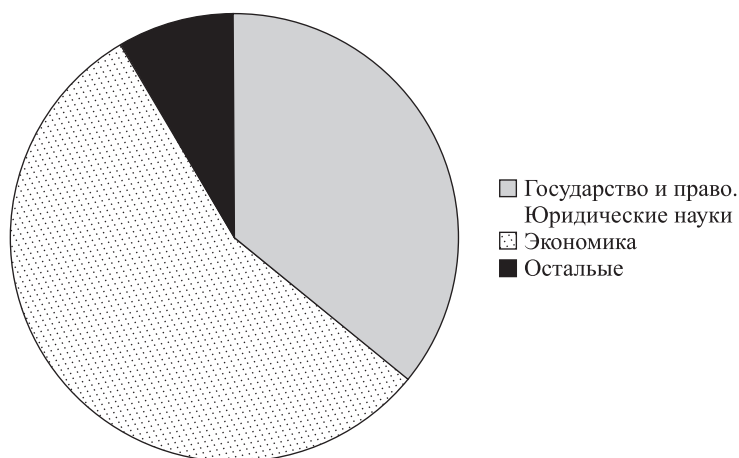
**Рис. 2.** Использование словосочетания «смарт-контракт» в названии публикаций по годам

Контент-анализ использования словосочетания «смарт-контракт» показывает, что первыми работами, где содержится упоминание о SC, стали статьи авторов Е.М. Поповой, Н.В. Попова и А.Н. Земцова [Земцов А.Н., 2016: 24–26]. По количеству цитирований первые места занимают публикации А.И. Савельева [Савельев А.И., 2017: 94–117], Е.М. Поповой и Н.В. Попова [Попова Е.М., 2016: 9–14]. Из 20 публикаций, занимающих лидирующие позиции по количеству цитирований, правовые вопросы затрагиваются в 10 работах, остальные носят технический, экономический или управленческий характер.



**Рис. 3.** Использование словосочетания «смарт-контракт» в названии, аннотации и в ключевых словах публикаций по годам

Распределение публикаций (465), использующих в названии словосочетание «смарт-контракт» по научным отраслям — представлено следующим образом: Государство и право. Юридические науки — 174 (37%); Экономика — 258 (56 %); Остальные — 33 (7%) (см. рис. 4).



**Рис. 4.** Распределение публикаций, использующих в названии словосочетание «смарт-контракт» по научным отраслям

Анализ открытых научных публикаций по данной теме показал, что отдельные ученые определили и описали ряд вариантов использования SC [Севальнев А.И., 2017: 94–117]; [Волос А.А., 2018: 5–7]; [Нам К.В., 2019: 24–27].

Некоторые исследователи проводят правовой анализ SC в узком смысле, сосредоточив внимание на «использовании компьютерного кода для фор-

мулирования, проверки и выполнения соглашения между сторонами, ключевыми правовыми вопросами при этом выступают уведомление, согласие и защита прав потребителей [Ефимова Л.Г., Сиземова О.Б., 2019: 23–30]; [Долова М.О., 2019: 27–36]. Другие авторы рассматривают проблемы в рамках традиционных понятий гражданского права, не выделяя SC из имеющихся правовых институтов [Камалян В.М., 2019: 20–27]; [Калинина А.Л., 2019: 37–45]; [Нагородская В.Б., 2019: 3–128]; [Муратова О.В., 2019: 73–83]. Есть также группа ученых, которые делают вывод о дуализме правовой природы SC: с одной стороны, это технологическое решение, включающее компьютерный протокол, которое может не являться соглашением, с другой — соглашение сторон в электронной форме, имеющее юридическую силу [Шайдуллина В.К., 2019: 21–23]; [Белых В.С., 2019: 97–115]. Наконец, некоторые ученые-практики рассматривают возможный конфликт между SC и теорией реляционных контрактов (согласованных соглашений) [Громова Е.А., 2018: 34–37]; [Федоров Д.В., 2018: 30–74].

По существу, многие авторы признают, что SC — это тип компьютерного кода [Синицын С.А., 2019: 49], который может представлять все, часть или одну из действующих форм юридических контрактов по законодательству [Носов С.И., 2019: 6–13]; [Румак В., 2019: 6–13]; [Макарчук Н.В., 2019: 40–43]. Таким образом, даже когда SC представляет собой совокупность юридически обязательного договора (часто именуемый «умными юридическими контрактами»), он остается предметом того же договорного права, что и любой другой договор, составленный на естественном языке.

В результате большинство исследователей приходит к выводу, что традиционное договорное право будет продолжать применяться в эпоху SC, и SC «никогда не смогут полностью заменить естественно-языковой закон». Тем не менее прогнозируется, что SC могут внести ясность, предсказуемость, проверяемость и простоту исполнения в договорные отношения. К сожалению, приходится констатировать, что в литературе нет всестороннего научного анализа юридических последствий подобных случаев договорной практики.

Цель подобных правовых исследований состоит в том, чтобы, собрав базовые знания, связанные с этим новым явлением, обозначить наиболее проблемные вопросы, которые эти контракты не разделяют с обычными договорами, ответить, готовы ли SC иметь дело с национальной правовой системой, и посмотреть, нужны ли какие-либо изменения в договорном праве для облегчения их использования и обеспечения их юридической эффективности. Кроме того, исследователи пытались находить ответы на такие актуальные вопросы, как является ли SC юридически договором и займет ли он место традиционных контрактов.

Рассмотренные проблемы внедрения и использования SC в юридическом смысле можно связать с тремя этапами — их формирование и совершенствование; исполнение и модификация; нарушение и средства правовой защиты.

В зарубежной юридической науке по вопросу определения SC также нет консенсуса, и существует множество подходов<sup>4</sup>, что понятно из-за природы этого нового явления и сложной технологии, с которой оно связано. В научной полемике используется самое простое определение SC — соглашение между двумя или более сторонами, «закодированное таким образом, что его правильное выполнение гарантируется блокчейном» [Wattenhofer R., 2016: 87]. Обратим внимание, что подобные определения включают использование децентрализованной бухгалтерской книги (блокчейн), а не только цифрового контракта между сторонами, написанного на компьютерном языке. Именно поэтому в качестве децентрализованной платформы исполнения, которая хранит SC, стандартно используется блокчейн, в частности Ethereum [Bashir I., 2013: 103].

Вместе с тем SC не нуждается в блокчейне для функционирования — ничто не остановит создание SC, встроенного в традиционную базу данных, но тогда стороны будут полагаться на доверенную централизованную сторону, и книга не будет такой же неизменной, как использование блокчейна. Таким образом, такой контракт теряет свойство «умного», но он будет актуален из-за особенностей безопасности, которые он представляет в виде неизменности и цифрового распределения среди пользователей.

Подобные правовые исследования, как правило, завершаются признанием, что SC согласуются с принципами договорного права. Авторы предлагают некоторые средства их правовой защиты и поощрения законодателей и юристов не игнорировать эти контракты для обеспечения правовой безопасности.

## **2. Правовое регулирование применения смарт-контрактов**

В законодательных актах России термин «смарт-контракт» не используется. В отдельных нормативных правовых актах рассматриваемое понятие стало упоминаться только в последнее время. Например, в Распоряжении Правительства Российской Федерации от 30.09.2018 № 2101-р «Об утверждении комплексного плана модернизации и расширения магистральной инфраструктуры на период до 2024 года»<sup>5</sup> отмечается, что «к основным сквозным технологиям работы с данными в транспортном комплексе, планируемыми

---

<sup>4</sup> Stark J. (2016) Making Sense of Blockchain Smart Contracts. [Blog] Coindesk. Available at: <https://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts/> (дата обращения: 04.08.2019).

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2018, № 42 (часть II), ст. 6480.

к применению в рамках реализации транспортной части плана, относятся: технологии самоисполняемых кодов выполнения обязательств («смарт»-контракты). В Информационном письме Банка России от 14.08.2018 № ИН-014-12/54 «О национальной оценке рисков ОД/ФТ» (вместе с «Публичным отчетом. Национальная оценка рисков легализации (отмывания) преступных доходов. Основные выводы 2017–2018», «Национальной оценкой рисков финансирования терроризма. Публичный отчет 2017–2018»)⁶ в пункте отчета «Меры, принимаемые в Российской Федерации по управлению риском» раздела «Перемещение средств с использованием нерегулируемых субъектов» отмечено, что «ведется работа по внесению в законодательство Российской Федерации изменений, предусматривающих определение статуса цифровых технологий, применяемых в финансовой сфере, их понятий (в том числе таких, как «технология распределенных реестров», «цифровой аккредитив», «цифровая закладная», «криптовалюта», «токен», «смарт-контракт»)...».

Государственная Дума приняла законопроекты «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации»⁷ и «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁸, которые вступают в законную силу 1 октября текущего года (п. 1 ст. 160 Гражданского кодекса Российской Федерации установлен правовой статус SC — это «сделка с помощью электронных либо иных технических средств», относящаяся к сделке в письменной форме). Данные положения станут основой подготовки к принятию закона о цифровых финансовых активах (криптовалюте и токенах)⁹.

Следует отметить, что российский законодатель все еще находится в поиске путей юридического оформления правового статуса SC, в том числе применительно к различным областям хозяйственной деятельности и государственного управления. Так, по словам Л. Ченг, основателя провайдера SC Vanbex: «Правовой мир еще не полностью усвоил новые реалии технологии, включая умные контракты. Поэтому в конечном итоге ответ на этот вопрос будет лежать в отдельных правовых процессах в юрисдикциях по всему миру»¹⁰.

---

⁶ Вестник Банка России. 2018. № 64. 29 авг.

⁷ СПС КонсультантПлюс.

⁸ СПС КонсультантПлюс.

⁹ Проект Федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах» (ред., принятая Государственной Думой в первом чтении 22.05.2018) // СПС КонсультантПлюс.

¹⁰ Chandler S. (2019) Smart Contracts Are No Problem for the World's Legal Systems, so Long as They Behave Like Legal Contracts. Available at: <https://cointelegraph.com/news/smart-contracts-are-no-problem-for-the-worlds-legal-systems-so-long-as-they-behave-like-legal-contracts> (дата обращения: 04.08.2019).

Если говорить о зарубежном опыте правового регулирования SC, то к 1999 г. 47 штатов США приняли Единообразный закон об электронных сделках (UETA), который установил правила в отношении электронных договоров, записей и подписей и установил, что электронные договоры будут действительными, а использование электронной подписи является действительным методом предоставления согласия на договоры. Однако в 2017 г. в различные штатах увидели необходимость принятия специальных правил для принятия SC в больших масштабах. Такие штаты, как Аризона, приняли законы, признающие подписи, предусмотренные для SC с использованием технологии BL (blockchain). В Вермонте и Неваде приняты законы, признающие контракты, заключаемые на блокчейн, в качестве доказательств при возникновении споров. Делавэр разрешает регистрацию акций компаний Делавэра в форме блокчейна. В ст. 5. «Технология блокчейн» Закона Аризоны HB 2417 «смарт-контракт» означает управляемую событиями программу, работающую на распределенной, децентрализованной, общей и реплицированной книге, и которая осуществляет передачу активов в этой книге.

В западной литературе отмечается [Gatteschi V., 2018: 1], что SC нуждаются в стандартизации, и, если различные отрасли хозяйствования продолжат поэтапную разработку SC без какого-либо стандарта, по которому они будут работать, то компании не получат всех преимуществ от работы с решениями блокчейна. Такие стандарты могут возлагать ответственность за разработку и функционирование SC и устанавливать механизмы разрешения споров, создавать презумпции правового характера SC в зависимости от их характеристик и способа использования участниками рынка. В некоторых отраслях это уже существуют: ISDA (Международная ассоциация свопов и деривативов) принимает стандартные соглашения для определенных финансовых операций; NVCA (Национальная ассоциация венчурного капитала) разрабатывает типовые юридические документы для стартапов.

### **3. Правовая характеристика смарт-контрактов (определение)**

Итак, почему данные контракты «умные»? SC не являются формой искусственного интеллекта и не способны к машинному обучению. Они выполняют только действия, которые им заданы.

Можно ли их назвать «контрактами»? Этот вопрос еще не решен судами. Вероятный ответ: это зависит от последовательности принятия доктрины «компьютерный код — это закон», утверждающей, что SC являются юридически действующими договорами. Тем не менее, более вероятно, что

SC — будь то полностью в коде или рикардианском контракте<sup>11</sup> — должен будет удовлетворять всем требованиям юридически обязывающего контракта, чтобы иметь юридическую силу. Недавний пример SC в действии — Fizzy AXA<sup>12</sup>. AXA — это первая крупная страховая группа, предлагающая страхование с использованием технологии блокчейн (100% автоматизированную, 100% безопасную платформу для параметрического страхования от задержек рейсов): если рейс клиента задерживается более чем на два часа, ему автоматически выплачивается компенсация за задержку; задержка более двух часов является инициирующим событием, которое приводит в действие безотзывное действие, автоматическое внесение депозита, компенсирующее клиенту убытки.

За рубежом отдельные авторы [Navarro N., 2017: 192–193] указывают, что SC не является ни обычным контрактом, ни «интеллектуальным (умным)» контрактом, и предлагает другой термин: программные исполняемые транзакции, предполагая, что это не контракт, а программное обеспечение. Вместе с тем цель понятия «контракт» основывается на намерении сторон программировать его условия и ценности и, что более важно, создание SC в качестве альтернативы традиционным контрактам.

Рассмотрим технологию SC. Существует огромное количество риторики и пропаганды о том, какими они должны быть. Однако реальность такова: SC — это программа. Он написан на одном из самых новых языков, главным из которых является Solidity. SC встроен в блокчейн и имеет доступ к своим внутренним функциям. На первый взгляд SC могут показаться умной идеей, которая позволяет бесконечно расширять базовую технологию «неизменяемого распределенного регистра», в которую они встроены, значительно расширяя их гибкость и области применения.

Обычно договор — это соглашение между сторонами, которое по закону подлежит исполнению. В этих договорах излагается, что каждой стороне нужно сделать для их выполнения. Однако с развитием технологии блокчейн стало возможным обеспечить автоматическое выполнение условий в контракте. SC, представляющий собой набор обещаний, указанных в цифровой форме, включая протоколы, в рамках которых стороны выполняют эти обещания, позволяет это сделать.

---

<sup>11</sup> В 1996 г. И. Григг (Ian Grigg) и Г. Хоуланд (Gary Howland) определили рикардианский контракт как мостик между текстовыми контрактами и кодом со следующими параметрами: а) самостоятельный документ — контракт, предлагаемый эмитентом держателям; б) имущественное право, которым владеют держатели и которым управляет эмитент; в) легко читаемый (как письменный договор); г) считывается программами (как база данных); д) имеет цифровую подпись; е) имеет ключи и информацию о сервере; е) связан с уникальным и безопасным идентификатором [Grigg I., 2004: 25–32].

<sup>12</sup> Available at: URL : <https://www.axa.com/en/newsroom/news/axa-goes-blockchain-with-fizzy> (дата обращения: 02.08.2019)



В большинстве юридических контрактов используются индивидуальные шаблоны, содержащие стандартизированные юридические языки, которые предусматривают различные условия. Эти контракты в основном полагаются на третьих лиц (на суды, арбитры, поручителей и т. д.) для их исполнения. Данный процесс избыточен и отнимает много времени, не говоря уже о том, что он дорогостоящ и непредсказуем. Однако это можно устранить с помощью SC, которые содержат код, способный выполнять условия соглашения. Код контракта определяет условия как набор силлогизмов способом, аналогичным юридическому документу.

Если в стандартном договоре изложены условия взаимоотношений (как правило, обязательных по закону), «умный» договор обеспечивает соблюдение отношений с помощью криптографического кода. Иными словами, SC — это программное обеспечение, называемое контрактом или нет, но которое позволяет автоматизировать выполнение соглашения, содержащегося непосредственно в самом SC или действующего в качестве принудительного исполнения обычного контракта и записанного на блокчейне.

Принято выделять следующие характеристики SC [Савельев А.И., 2016: 32]; [Ream J., 2016: 16]:

электронный характер;

программное обеспечение по принципу «код — это закон», который будет создаваться по заявке сторон и последующих абонентов;

повышенная уверенность (определенность и достоверность). Если обычный контракт — устный или письменный — интерпретируется людьми, то SC формируется компьютерными кодами, которые интерпретируют сами компьютеры. Программирование этих кодов имеет то преимущество, что они являются точными, так что все стороны могут предсказать исход контракта. Такой контракт проверяемый, потому что он, будучи зашифрованным в блокчейне, имеет все ту же копию, неоспоримый факт его существования и согласованные условия;

условность. Компьютерные коды следуют логике «если это, то то». Стороны будут устанавливать свои условия с помощью условного заявления, которое будет обеспечивать исполнение договора;

автономность и самостоятельность, означающие, что после согласования и запуска SC выполнение его кодов происходит автоматически и не требует специального утверждения. Стороны (или даже третьи лица), таким образом, не имеют никакой власти остановить этот процесс, даже если они передумают и сделают ошибки программирования. Например, после того, как согласован платежный перевод (например, каждое первое воскресенье месяца в течение следующих пяти лет), то это означает, что в течение следующих пяти лет этот перевод будет производиться в данный конкретный

день и на первоначально указанную сумму. Эта функция также повышает определенность SC;

самодостаточность. SC функционирует по заданным компьютером правилам и, в принципе, даже если это кажется аморальным или противозаконным;

скорость. Вместо того чтобы вручную заполнять договор и дополнительные документы, использование программного кода автоматизирует эти задачи. Кроме того, обновления вставляются в режиме реального времени.

меньшая затратность. Экономия достигается за счет сокращения времени, необходимого для заполнения традиционного контракта, денег, которые должны быть выплачены сотрудникам для выполнения этих задач, избегая будущих затрат за счет уменьшения ошибок и, особенно, отсутствия посредника для проверки и выполнения контракта;

безопасность. SC и их данные в децентрализованном реестре будут безопасны при использовании криптографии и шифрования. Они не могут быть потеряны, так как каждая сторона имеет копию, и чрезвычайно трудно поддаются взлому. И если даже это произойдет, и злоумышленник зайдет в блокчейн, используя произвольные адреса, он не сможет получить доступа к личной информации;

расширение возможностей создания новых предприятий или разработки новых операционных моделей. Характеристики SC, снижение затрат и пр. открывают новые возможности. Например, электромобили могут заряжаться индукцией во время стоянки на некоторых дорогах или на светофорах с помощью SC<sup>13</sup>. Система, известная как Интернет вещей (IoT), соединяет компьютерные устройства с доступом в Интернет (например, автомобили, кухни, мониторы сердца и т.д.) и передает данные по Сети без необходимости прямого вмешательства человека. SC может выполнять свои условия и взаимодействовать с цифровыми устройствами.

SC должны быть готовы автоматически различать события (когда определенное событие запускает коды SC и само по себе удовлетворяет predetermined результату). Например, арендованный автомобиль специально запрограммирован на получение инструкций, связанных со SC, и, если должник не заплатит за эту услугу, автомобиль не запустится<sup>14</sup>.

Можно ли изменить SC? Это спорный вопрос, который угрожает революции SC. Считается, что после определения условий в его компьютерной

---

<sup>13</sup> Под Стокгольмом открылась первая электрифицированная дорога, способная заряжать электромобили во время движения. Available at: URL: <https://fishki.net/2570200-pervaja-v-mire-jelektrofirovannaja-doroga-dlja-zarjadki-jelektromobilej-otkrylasy-v-shvecii.html> (дата обращения: 02.08.2019)

<sup>14</sup> Tjong T.E. (2017) Formalizing Contract Law for Smart Contracts. Tilburg Private Law Working Paper Series No. 6. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=3038800> (дата обращения: 04.08.2019).

программе нет возврата, потому что ключевой особенностью здесь является автоматическая принудительная реализация и неизменность.

Однако, как представляется, такой вопрос должен быть решен в отношении всех видов SC, и, особенно, в тех случаях, когда результат его исполнения становится противозаконным. Например, по SC, в котором должник должен сохранить некоторые товары, планирующие к изъятию кредитором через 60 дней. Через некоторое время закон изменяет определенный порядок и устанавливает для таких случаев срок хранения минимум 120 дней. Получается, договор был составлен правильно, но из-за указанных изменений оказался противозаконным. Будет ли SC продолжать выполняться автоматически, как было первоначально согласовано, и, следовательно, противоречить закону?

Можно представить два пути решения такой проблемы, государственный и частный:

в первом варианте *ex-ante*<sup>15</sup> государственные органы могут создать определенную инфраструктуру, публичную базу данных, собирающую важные правовые положения, при наличии которой SC сможет распознавать юридические обновления в базе данных и затем обновлять условия SC;

при подходе *ex-post*<sup>16</sup> у государства нет необходимости создавать такую базу, потому что стороны, чтобы контролировать SC, будут полагаться на себя. Недостатком здесь является то, что сторона будет иметь возможность навязать определенные изменения в своих интересах. Чтобы свести к минимуму такую возможность, в соглашении стоит определить, какие условия могут быть изменены (например, платеж), а какие не могут быть затронуты ни при каких обстоятельствах (например, срок исполнения контракта).

Итак, SC — это компьютерные программы, которые автоматически выполняют условия, согласованные сторонами для регулирования их отношений. Идея заключается в том, что соглашение является самоподдерживающимся, что делает его модификацию очень сложной. Если между сторонами возникнет конфликт, потерпевший обратится в суд после ненадлежащего соблюдения или неосновательного обогащения, поскольку SC уже был бы выполнен или находится в процессе исполнения.

Хотя SC создаются специально, чтобы избежать нарушений договоренности, они могут быть недействительными, если приводят к незаконному результату, например, продаже наркотиков или разрешению несовершеннолетнему покупать алкоголь. Для смягчения этих проблем могут быть приняты действия:

<sup>15</sup> *Ex ante* — прогнозное моделирование экономических явлений и процессов.

<sup>16</sup> Метод *ex post* отражает фактические результаты, достигнутые в экономике за какой-то период.

записывать компьютерные коды точным способом, включая переменные, которые могут приспосабливаться к закону и его изменениям. Сторонам следует определять условия в соответствии с действующим законодательством и условиями, которые могут быть применены к будущим изменениям;

конкретные вопросы в SC могут быть прямо запрещены (например, наркотики), для чего необходимы: 1) разрешение определенных требований для формализации SC (при продаже продуктов значительной стоимости, чтобы не нарушить условия налогового платежа, заблокировать сумму на специальный счет и т.д.); 2) внедрение систем распознавания, которые обнаруживают нарушение законодательства (например, когда проценты по кредиту становятся ростовщичеством) или требуют идентификации, чтобы доказать законность контракта (например, покупка несовершеннолетним алкоголя);

использовать не только SC, но и письменный контракт, который имеет влияние на первый и, таким образом, минимизирует расхождения. Так, например, на данный момент необходима визуализация в форме, понятной среднестатистическому человеку, с выводом на бумагу: дублирование условий в классическом письменном договоре; применение SC к условиям, не являющимся существенными, либо исключительно к автоматическому исполнению обязательств письменного соглашения. В этом случае можно использовать инициативу ФНС России по разработке XML формата хозяйственного договора. Стороны по-прежнему будут стремиться получить текстовые версии соглашений, позволяющие читать согласованные условия:

в гибридном контракте, использующем текст и код, текст должен четко указывать код SC, с которым он связан, и стороны должны иметь полную видимость переменных, которые передаются SC, как они определены, и события, которые будут инициировать выполнение кода;

сторонам следует рассмотреть вопрос о распределении рисков в случае ошибки кодирования;

в текстовом соглашении, прилагаемом к коду, должны быть указаны применимое право, а также порядок приоритета текста и кода в случае коллизии;

текстовое соглашение должно включать в себя представление каждой стороной, что они рассмотрели код SC, и что он отражает термины, содержащиеся в текстовом соглашении;

стороны могут принять решение о страховании от риска ошибки кода. Им может потребоваться помощь сторонних экспертов для пересмотра кода;

необходимость предъявления суду документов, определяющих условия сделки.

В обычном договоре, когда он нарушается, потерпевшая сторона обращается в суд с иском о возмещении, конкретном исполнении или оплате причиненного ущерба; но когда речь заходит о SC, то из-за его условного и самоподдер-

живающегося характера контракт уже выполнен или находится в процессе исполнения, поэтому потерпевшая сторона должна будет обратиться в суд после ненадлежащего соблюдения или несправедливого обогащения.

Таким образом, SC ознаменуют расцвет новых юристов, которые по необходимости должны будут разбираться как в праве, так и в компьютерном программировании. На практике программисты и юристы уже работают над решением юридических и технических вопросов. Когда юристы будут составлять SC, будет действовать команда профессионалов в области права и технологий. Многое, однако, еще осталось для инноваций в этой области.

#### **4. Сферы применения смарт-контрактов (определенность)**

Не нужно иметь много воображения, чтобы увидеть, как процесс расширения сферы SC может быть распространен на различные предприятия и операции, от оптовых поставок до аренды оборудования.

Более сложная задача — создать SC, которые будут использовать предприятия. Ряд компаний работает над шаблонами SC, которые предприятия смогут адаптировать к своим потребностям<sup>17</sup>. Slock запускает программу Alpha, к которой компании могут обратиться, если они хотят интегрировать свое решение для экономики совместного использования. Jincor — всего лишь одна из множества компаний, работающих над шаблонами, которые соответствуют требованиям законодательства и криптовалютам. Предприятия также могут нанимать программистов для создания собственных решений для SC. Это новая отрасль, поэтому выбор относительно ограничен. При этом компаниям необходимо выяснить, какие процессы они хотят автоматизировать в своем бизнесе с помощью SC, рассчитать экономию, которую эта автоматизация им принесет.

Итак, без сомнения, SC стали горячей темой, поскольку все больше вариантов их использования появляются в различных отраслях (от производства продуктов питания и ведения сельского хозяйства до финансовых услуг и страхования). Центром внимания SC становятся благодаря всем возможностям, которые он может предоставить — за счет технологии распределенной бухгалтерской книги SC обещают лучший и более автоматизированный способ заключения и исполнения контрактов.

Тем не менее, SC сегодня ограничены, при этом практически могут быть использованы в любом сценарии, в котором они предназначены для передачи или хранения безопасных и неизменяемых данных без посредников.

---

<sup>17</sup> Available at: URL : <https://www.reuters.com/brandfeatures/venture-capital/article?id=59712> (дата обращения: 02.08.2019)

Вот несколько примеров.

**Финансирование торговли.** Мировая торговля часто финансируется банками для покрытия ликвидности и повышения доверия к обмену ценностями. Торговое финансирование может быть улучшено с помощью SC с использованием различных наборов данных, таких как коносамент, GPS или таможенные данные. Эти общие контрольные точки могут использоваться SC для осуществления полных или частичных платежей, передачи права собственности и выдачи возвратов в случае несоблюдения условий договора.

**Здравоохранение.** В компьютерных системах здравоохранения хранятся миллионы медицинских карт. Хотя организации здравоохранения вложили огромные суммы в обеспечение безопасности, современные методы доступа и хранения гораздо более уязвимы при кибератаках, чем их эквиваленты на основе цепочки блоков. Также можно отметить применение SC в блокчейне при выдаче рецептов, хранении квитанций, общем управлении имуществом, хранении результатов испытаний и пр.

**Медицинские исследования.** Данная индустрия имеет важные медицинские данные, включая результаты испытаний и новые формулы лекарств, которые необходимо сохранить в тайне и в безопасности. Они могут быть защищены с помощью SC, если им потребуется разглашать любую эту информацию третьей стороне по любой причине. Это всего лишь один пример умного контрактного блокчейна, который может принести огромную пользу индустрии медицинских исследований.

**Право собственности.** У SC есть две большие сферы применения — во-первых, они могут быть использованы для регистрации собственности, поскольку использование SC быстро и экономично, что делает их лучшей альтернативой прежним системам. Это означает, что они могут быть использованы для записи прав собственности на все виды имущества от зданий и земли до телефонов и часов; во-вторых, на рынке жилья SC могут устранить необходимость в дорогостоящих услугах адвокатов и риэлторов. Такая технология позволяет продавцам самостоятельно обрабатывать транзакции.

Во-вторых, все интеллектуальные права, от лицензионных платежей (таких как авторские права и торговые марки) до лицензионных сборов за патенты, могут быть превращены в SC. Оракулы могут проводить проверку баз данных IP-адресов на предмет проверки прав собственности и передачи платежей от пользователя владельцу IP-адреса. SC могут даже маркировать частичное владение интеллектуальной собственностью и распределять платежи в зависимости от доли в ней человека.

**Ипотека.** Рынок недвижимости также выигрывает от более дешевых, быстрых и безопасных сделок с ипотекой на основе SC. Это не только позволит

покупателям быстрее воспользоваться приобретенной недвижимостью, но и поможет сделать весь процесс менее проблематичным. «Умные» договорные ипотеки позволят обеим сторонам договориться о продаже в цифровом виде до обработки платежа. Как только это будет сделано, в SC будут обновлены данные о праве собственности, чтобы отразить смену владельца. Поскольку процесс потребует уникальной авторизации кода ключа от имени первоначального владельца, он сделает весь этот процесс более безопасным и уменьшит количество случаев мошенничества.

**Страхование.** Страховая отрасль ежегодно тратит десятки миллионов долларов на обработку претензий. Мало того, она фактически теряет миллионы долларов из-за мошеннических требований.

Помимо поддержки первоначального страхового полиса, SC также могут проверять ошибки и определять суммы выплат на основе набора критериев, учитывающих страховую политику в отношении отдельного физического лица или организации. Итак, сокращение времени обработки, резкое сокращение ошибок и более дешевые затраты являются одними из основных преимуществ применения SC в страховании.

В более долгосрочной перспективе SC могут использоваться в сочетании с транспортными средствами с поддержкой Интернета вещей, что позволит получать страховые полисы с оплатой по факту и немедленную активацию претензий после аварии. Такая информация, как водительские права, водительские документы, отчеты об авариях, может быть немедленно обработана для ускорения выплат, которые принесут пользу обеим сторонам. Кража, аварии и другие претензии могут быть инициированы автоматически, что гарантирует клиентам своевременное получение выплат. Водительские привычки клиента также могут определять страховые тарифы и вызывать скидки. Некоторые заслуживающие внимания данные, доступные разработчикам, включают соблюдение ограничений скорости, пройденное расстояние, графики технического обслуживания, схемы торможения, точку столкновения и качество дороги.

Страхование жилья. Технологии обеспечивают возможность подключения к умным бытовым приборам, таким как холодильники, термометры, плиты и датчики тревоги. Их данные IoT могут автоматически вызывать страховые выплаты по претензиям, связанным с пожаром, кражей или повреждением имущества. Страхование, связанное с погодой (страхование от землетрясения), также может быть автоматически проверено и выплачено с помощью датчиков, что устраняет обременительный процесс ручной проверки.

Страхование жизни. SC идеально подходят для уменьшения разногласий при страховании жизни. Веб-камеры и внешние базы данных содержат до-

статочной информации для определения свидетельства о смерти, выдачи соответствующих страховых платежей.

**Медицинское страхование.** Благодаря достижениям в области биотехнологий и IoT (Smartwatch) страховые компании могут создавать SC, которые предлагают скидки по медицинскому страхованию или вводят штрафы на основе данных о состоянии здоровья пациента. Некоторые полезные данные включают в себя массу тела, частоту сердечных сокращений, а в будущем, возможно, более сложные биометрические данные. SC могут также обнаружить аномалии данных, которые вызывают обязательные консультации, чтобы поддерживать выгодные тарифы.

**Страхование воздушных перевозок.** Веб-API, такие как Flight Stats и Aviation Edge, сообщают с точностью до минуты информацию о задержках и отменах рейсов. Программа Chainlink<sup>18</sup>, например, может обновить SC о статусе рейса, чтобы определить, получает ли страхователь компенсацию или нет.

**Страхование и перестрахование крупногабаритного оборудования.** Многим компаниям для выполнения отдельных бизнес-операций требуется крупное и дорогое оборудование. Наиболее важный механизм оснащается устройствами IoT для сбора актуальной информации о его состоянии. Chainlink, например, может передавать эти данные в SC для выдачи платежей за сбой или плановый ремонт. Поскольку полисы для большого оборудования обычно требуют перестрахования, то Chainlink может разделить претензии или платежи клиентов между всеми поставщиками страховых услуг.

**Страхование урожая.** Используя веб-API, спутниковые снимки и сельскохозяйственные датчики, Chainlink может предоставить SC для расширения спектра продуктов страхования урожая, которые защищают от внешних воздействий.

**Игровой бизнес, ставки.** Азартные игры — это многомиллиардная индустрия, в которой есть потенциал для технологии SC, которые обеспечивают достоверно детерминированные результаты ставок и истинную прозрачность того, что, например, сайты азартных игр в Интернете работают честно. SC могут обеспечить поддающиеся проверке исходные вероятности исхода через веб-API или с помощью оракулов. SC могут достоверно подтвердить целостность исполнения спортивной онлайн-ставки посредством децентрализованной проверки спортивных результатов с помощью веб-API.

---

<sup>18</sup> Chainlink — первая децентрализованную сеть оракулов, предоставляющая смарт-контрактам децентрализованные двунаправленные возможности получения внешних входных данных и отправки выходных данных в другие системы. Available at: <https://blog.chain.link/44-ways-to-enhance-your-smart-contract-with-chainlink/> (дата обращения: 02.08.2019)



Эти контракты будут основываться на результатах матча, отдельных выступлениях или даже на жребии.

**Цепочки поставок** (начинаются с поставки материалов и заканчиваются доставкой товаров конечному потребителю) являются еще одной областью бизнеса, которая может извлечь выгоду из SC на основе блокчейна. Устройства Internet of Things можно использовать по всей цепочке поставок для записи каждого шага, который делает продукт. Интеллектуальные цепочки поставок по SC теоретически могут устранить внутреннюю кражу, так как менеджеры смогут отследить отсутствующий продукт до точного времени и места, когда он пропал.

В огромных цепочках поставок SC позволять менеджерам видеть уровни запасов в реальном времени и время, необходимое для прохождения продуктов по цепочке поставок. Менеджеры могут использовать эти данные для корректировки уровня запасов и разработки новых методов работы для улучшения сроков поставки.

Для цепочек поставок, которые работают в нескольких разных местах, SC могут выполнять все вышеперечисленное и даже инициировать автоматические повторные заказы и оплату уже полученных заказов. Такая информация, содержащаяся в SC, также может быть использована для определения предстоящих периодов занятости и даже того, какие продукты хранить на складе в разное время года.

**Розничные платежи.** Многие популярные потребительские приложения, такие как Uber и AirBnB, позволяют клиентам выполнять розничные платежи, используя SC, предоставляя им доступ к ведущим поставщикам кредитных карт и установленным платежным сетям (PayPal и Stripe).

**Жилищно-коммунальные платежи.** Вода, энергия и Интернет являются основой современного общества. Коммунальные услуги в значительной степени зависят от устаревшей инфраструктуры и технологий для обеспечения надежности. SC позволяют модернизировать критически важную инфраструктуру путем перехода и подключения устаревших систем к блокчейну.

Некоторые коммунальные услуги, в частности, Интернет и кабельное телевидение, взимают плату с клиентов на основе установленных ценовых структур. Однако, когда их услуги падают, никто не привлекается к ответственности. Датчики IoT могут контролировать время безотказной работы коммунальных служб, а Chainlink, например, может вводить данные о своей производительности в SC для расчета ежемесячных платежей или выдачи компенсаций на основе времени простоя.

Датчики IoT могут рассчитывать уровень потребления компании или пользователя. Chainlink может включить нормы потребления в SC, чтобы инициировать штрафы за чрезмерное потребление, выставлять счета за

электроэнергию или взимать налоги на CO<sub>2</sub>. Люди также могут продавать свою энергию обратно в Сеть для получения прибыли. SC могут брать показания с интеллектуальных счетчиков для монетизации чьей-либо продукции и облегчать выплаты и тем, кто потребляет энергию, и тем, кто ее производит. Солнечные панели, Tesla Powerwall и ветряные турбины являются примерами новых источников энергии, которые могут быть связаны с SC.

Датчики IoT могут отслеживать уровни воды, корпоративное ее потребление. Chainlink может передавать эти данные в SC, которые вводят штрафные санкции, обновляют базы данных поставок и инициируют финансирование правоохранительных органов в случаях угроз наводнений для населенных пунктов.

Обращение с отходами. Выбросы и удаление отходов — отрасли, которые могут быть преобразованы с помощью SC при поддержке IoT, которые могут точно измерять объем производства. Данные могут автоматически инициировать платежи соответствующему регулируемому органу или монетизировать мусор, который используется в технологиях переработки или переработки отходов в топливо.

Контроль качества. Датчики IoT могут использоваться для обеспечения подлинности и надлежащего обслуживания продукции на всем протяжении цепочки поставок. Некоторые примеры включают хранение продуктов при определенных температурах, герметичность контейнеров и отслеживание местоположения товаров. SC могут инициировать выплаты и налагать штрафы в зависимости от того, что IoT подтверждает, что стандарты контроля качества были выполнены, как это определено в контракте.

**Голосование и опросы**<sup>19</sup>. Несмотря на использование компьютерных систем, стоящих иногда миллионы долларов, мошенники находят все более творческие способы манипулировать результатами голосования. SC — это простое и экономически эффективное решение проблемы обеспечения доверия и прозрачности данного процесса. Они могут быть использованы для подтверждения личности избирателя и записи его голоса. Эта информация затем может быть использована для инициирования действия после прекращения голосования. Поскольку блоки в блокчейне невозможно изменить после их записи, манипулирование этой записью становится невозможным.

**Данные о личности.** Еще одним способом применения SC является использование биометрических данных, таких как отпечатки пальцев или ска-

---

<sup>19</sup> Русскоязычная социальная сеть Opinion, специализирующаяся на проведении опросов и прогнозировании исхода различных событий на основе «мудрости толпы». Система работает на блокчейне EOS. Проект запущен в начале 2019 года и продолжает развиваться. Опросы реализованы в системе Opinion в виде SC, автоматически учитывающих ответы пользователей в блокчейне. Available at: URL: <https://bits.media/oprosy-i-golosovaniya-na-blokcheyne-neizmennost-i-prozrachnost-rezultatov/> (дата обращения: 02.08.2019)

нирование глаз. Поскольку биометрические данные могут быть однозначно идентифицированы, они могут быть эффективным способом проверки личности кого-либо, при надежности базы данных или источника для перекрестной ссылки на нее. Оракулы могут доставлять биометрические данные в SC и подключать их к различным базам данных для проверки подлинности.

Децентрализованная идентичность — концепция, которая становится возможной благодаря приложениям DLT. Вместо компаний или правительства, имеющих данные о чьей-либо личности в централизованном хранилище, эти сведения могут храниться в блокчейне. SC с поддержкой оракулов могут использовать эти базы данных для проверки учетных сведений, таких как имя и гражданство, без утечки какой-либо личной информации. В будущем они могут быть вызваны SC для идентификации голосования, проверки KYC / AML и одобрения таможни.

В действительности список отраслей, которые могли бы извлечь выгоду из этой новой технологии, огромен. Учитывая, что SC поддерживают и обеспечивают безопасную разработку продуктов, такие отрасли могут варьироваться от небольших стартапов до крупных технологических компаний — Microsoft или Amazon.

Итак, SC могут вывести нашу жизнь из-под власти банков. Замечательным побочным продуктом этого является то, что они смогут сделать наш мир еще более демократичным. Поскольку их можно использовать для обмена простыми (рабочая сила) или более сложными (кредиты) вещами, то по мере того, как они приобретают популярность, количество этих услуг будет расти в геометрической прогрессии.

## **5. Риски, связанные с применением смарт-контрактов**

Технологические преимущества SC помогут ускорить время транзакций, снизить затраты и даже сделать процессы намного проще и без стресса. Вместе с тем, нельзя не отметить, что использование развивающихся SC и технологий блокчейна создает ряд потенциальных рисков, включая риски управления, развертывания, регулирования, управления рисками и правовые риски.

Децентрализованная модель создает проблемы, когда вам нужно изменить правила, потому что эти изменения должны быть согласованы и приняты всеми участниками, чтобы функционировать согласованно. По данным полицейской службы Евросоюза<sup>20</sup>, все не так оптимистично, как кажется на первый взгляд. Согласно отчету, в ближайшие годы злоумышленники нач-

---

<sup>20</sup> Террористы и смарт-контракты. Европол выпустил тревожный отчет. Available at: URL : <https://www.rbc.ru/crypto/news/5ba3aa4a9a794711b661ebdd> (дата обращения: 02.08.2019)

нут пользоваться SC для организации террористических атак и другой незаконной деятельности, хотя в настоящее время основную часть финансирования террористы получают через обычные денежные переводы.

Надежность SC все-таки вызывает ряд сомнений. Уже сейчас по технологии SC создаются мошеннические схемы, финансовые пирамиды. Основными недостатками внедрения SC являются:

ранние этапы развития блокчейна и SC отталкивают потребителя, компании и государственные органы. Риски, связанные с этим, сложность данных технологий делают людей подозрительными, так как они привыкли писать документы, регулирующие права и обязанности сторон, и сами подписывать их.

неопределенность в регулировании. Как SC будут реагировать на законодательство, до конца еще не ясно. Именно поэтому их признание судебными органами может иметь решающее значение для разработки некоторых приложений, чтобы избежать юридических последствий;

ошибки. Если код не написан точно по намерению сторон или просто правильно на языке программирования, система не будет выполняться так, как изначально предполагалось;

жесткость. Вся идея заключается в том, чтобы согласовать условия, которые будут автоматически исполняемыми. Стороны должны предвидеть будущие сценарии, которые могут потребовать изменений;

не пропадают третьи лица. Они будут играть новую роль, например, опытные юристы смогут консультировать своих клиентов при заключении новых договоров;

задержка. Требуется время, чтобы каждый блок был проверен и добавлен в блокчейн, что ставит под угрозу обновления.

Исходя из анализа потенциальных рисков внедрения SC в экономические и иные общественные отношения, выделим следующие группы рисков и факторы угроз их возникновения:

правовые (юридическая неопределенность, противоречивая судебная практика, или ее отсутствие и пр.);

технологические (особенности программного обеспечения и др.);

операционные (связь человеческого фактора (кадров) с применением компьютерных технологий и пр.);

криминогенные (использование соответствующих технологий в целях совершения хищений и иных преступлений).

## **Заключение**

От юридического определения SC, его правовых и технологических характеристик, преимуществ и недостатков необходимо переходить к реали-

зации стартапов в широких кругах жизнедеятельности, в первую очередь, в сфере бизнеса, государственного контроля и социальных отношений. Научное обеспечение и информационное сопровождение теоретических и практических результатов таких процессов будет способствовать развитию широкого круга отраслей хозяйствования, государственного управления и внедрения цифровые технологий для улучшения качества жизни общества и отдельного гражданина.

Чтобы быть эффективными, блокчейн и SC требуют стандартов, набора общих правил, по которым работают все участники, чтобы обеспечить точность и достоверность. Стандарты управления вокруг блокчейна в конечном итоге будут способствовать укреплению доверия рынка к технологиям, а также к нормативной правовой среде. Это ускорит принятие SC и их успех.

Блокчейн и SC претендуют на изменение способа использования контрактов. Многие компании и правительства работают над этими технологиями ввиду преимуществ, которые они сулят (снижение затрат, большая безопасность, быстрота и, конечно же, уверенность). Однако основные минусы для широкого их применения связаны с ранней стадией развития и, в частности, решением вопроса: будет это работа с существующими законами или они нуждаются в дополнительном регулировании. На данный момент рассматриваемые приложения не будут захватывать внимания частных лиц и сосредоточатся на конкретных областях бизнеса, таких как банковское дело или страхование. Мы считаем, что SC не заменят обычных контрактов — это лишь альтернатива в конкретных областях, которая обеспечивает значительные преимущества.

Подходы к правовому регулированию. SC согласуются с существующими принципами договорного права, предлагают некоторые средства правовой и технической защиты и поощряют законодателей и юристов не игнорировать их для обеспечения правовой безопасности. SC — это соглашение, выполнение которого автоматизировано. SC в некотором смысле является лишь продолжением электронного обмена данными. Это автоматическое выполнение часто осуществляется в рамках выполняемого компьютерного кода, который перевел юридический язык в самоисполняемую программу, имеющую контроль над физическими или цифровыми объектами, необходимыми для выполнения. SC — это набор программируемых компьютерных функций, которые могут самоисполняться в зависимости от выполнения представленных условий.

Децентрализованный SC на основе BL blockchain — это любое цифровое соглашение, которое: а) написано в компьютерном коде (программное обеспечение), б) работает на BL blockchain или подобных распределенных технологиях книги (децентрализовано) в) автоматически выполняется без необходимости вмешательства человека (признак «смарт»).

SC не требуют принятия новых законов или правил. Существующие правовые принципы должны быть адаптированы и, возможно, модифицированы как в законодательном, так и в судебном порядке для прямого обращения к SC и другим новым технологиям. Существующая система договорного права более чем адекватна для того, чтобы соответствовать даже в этой цифровой форме заключению сделок без необходимости создания новых правовых категорий.

Юридическое определение SC может идти двумя путями: 1) сделать его отдельным договором. Такой договор становится легитимным, ему обеспечивается защита на основе действующего законодательства, возникает возможность предъявлять SC (код) в качестве электронного доказательства; 2) установить, что SC — это не самостоятельный вид договора, а лишь способ оформления соглашения между участниками хозяйственной деятельности, основанный на технологии (блокчейн) и направленный на минимизацию временных, технических и материальных издержек, а также на снижение и предотвращение для участников сделки правовых рисков. Для этого применяются либо выжидательный подход либо «песочницу», регулиующую SC и технологию BL blockchain в целом. Блокчейн-пространство постоянно развивается и меняет свой курс непредсказуемым образом, так что приходится, как правило, воздерживаться от регулирования вещей, которые еще не полностью понятны.

В рамках определения правового механизма заключения SC необходимы следующие инициативы:

проработать юридические последствия выявления умышленной ошибки при переводе условий сделки в цифровой код, будут ли они отличаться от последствий неосторожной ошибки;

обеспечить принудительное исполнение автоматизированных условий, в том числе в рамках процедур исполнительного производства и банкротства;

проработать вопрос о нормативном закреплении перечня видов договоров, в которые могут быть включены условия об автоматизированно исполняемых обязательствах;

установить запрет на заключение договоров, подлежащих государственной регистрации, в форме договоров с автоматизированно исполняемыми обязательствами;

установить распределение рисков участников за ошибки, допущенные в программном коде — порядок устранения последствий ошибок, хакерских атак, форс-мажора (в том числе по решению суда), защита от обмана, угроз и прочих пороков воли (признание сделки недействительной и применение последствий недействительности);

решение проблем предъявления документов, определяющих условия сделки, в суд, налоговые и иные органы;

разработка способа недвусмысленного определения согласия сторон договора с условиями SC, и уверенности суда, что эти стороны достаточно уведомлены об условиях контракта. Существуют два возможных способа решения этих проблем — либо соответствующие заинтересованные стороны будут разрабатывать SC таким образом, чтобы они соответствовали требованиям закона, либо будут разработаны новые законы для того, чтобы учесть новые юридические тонкости, вызванные SC. Использование криптографических подписей закрытого ключа в качестве способа «подписания» SC можно рассматривать как объективное доказательство наличия принятия, умысла и взаимного согласия одновременно;

интернет-суды должны признавать цифровые данные, которые представляются в качестве доказательства (признание цифровых объектов в качестве нового типа доказательств), если соответствующие стороны собирают и хранят эти данные с помощью блокчейна с цифровыми подписями, надежными метками времени или с помощью цифровой платформы, и могут доказать подлинность такой используемой технологии; в необходимых случаях проводить техническую экспертизу или привлечь специалиста, который докажет, что запись в реестре реально была осуществлена конкретным лицом в конкретное время при прочих условиях. Доказательства, заверенные и представленные с использованием технологии BL blockchain, являются допустимыми в юридических спорах.



## Библиография

Анисимов В.Ф. Роботизация и автоматизация: юридическое образование и профессия // Юридическое образование и наука. 2018. № 3. С. 11–16.

Волос А.А. Смарт-контракты и принципы гражданского права // Российская юстиция. 2018. № 12. С. 5–7.

Голованова Н.А. и др. Уголовно-юрисдикционная деятельность в условиях цифровизации. М.: КОНТРАКТ, 2019. 212 с.

Громова Е.А. Смарт-контракты в России: попытка определения правовой сущности // Право и цифровая экономика. 2018. № 2. С. 34–37.

Долова М.О. К вопросу о применимости технологии блокчейн при рассмотрении дел судами / Правовое регулирование договорных отношений, возникающих в связи с развитием цифровых технологий (смарт-контрактов). М.: Юрист, 2019. С. 27–36.

Ефимова Л.Г., Сиземова О.Б. Правовая природа смарт-контракта // Банковское право. 2019. № 1. С. 23–30.

Земцов А. Н. Блокчейн для всех // Открытые системы. СУБД. 2016. № 4. С. 24–26.

Иванов А.Ю. и др. Блокчейн на пике хайпа: правовые риски и возможности. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2017. 237 с.

Калинина А.Л. Проблемы использования смарт-контрактов / Правовое регулирование договорных отношений, возникающих в связи с развитием цифровых технологий (смарт-контрактов). М.: Юрист, 2019. С. 37–45.

- Камалян В.М. Понятие и правовые особенности смарт-контрактов // Юрист. 2019. № 4. С. 20–27.
- Кирилловых А.А. Комментарий к Федеральному закону от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи» (в редакции Федерального закона от 1 июля 2011 года № 169-ФЗ): постатейный. М.: Юстицинформ, 2011. 101 с.
- Макарчук Н.В. Публично-правовые ограничения использования цифровых активов и технологий // Предпринимательское право. 2019. № 1. С. 40–43.
- Нагородская В.Б. Новые технологии (блокчейн / искусственный интеллект) на службе права. М.: Проспект, 2019. 128 с.
- Носов С.И. Право и информатизация // Юрист. 2019. № 4. С. 6–13.
- Парфенов А.В., Шаповалов И.М., Валько Д.В., Кирилловых А.А. Логистика электронной торговли. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского гос. экономического ун-та, 2015. 79 с.
- Перов В.А. Выявление, квалификация и организация расследования преступлений, совершаемых с использованием криптовалюты. М.: Юрлитинформ, 2017. 197 с.
- Попова Е.М., Попов Н.В. Блокчейн как драйвер изменений в банковском секторе // Банковские услуги. 2016. № 12. С. 9–14.
- Рассолов И.М. и др. Правовые проблемы интернет-отношений. М.: Юнити, 2006. 34 с.
- Савельев А.И. Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права. 2016. № 3. С. 32–60.
- Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. N 5. С. 94–117.
- Синицын С.А. Договор: новые грани правового регулирования и вопросы правопонимания // Журнал российского права. 2019. № 1. С. 45–61.
- Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 9. С. 5–6.
- Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85–102.
- Шайдуллина В.К. Смарт-контракты на финансовом рынке: результаты исследования // Судья. 2019. № 2. 21–23.
- Яненко М.Б. и др. Методология формирования маркетинговых стратегий в условиях внедрения информационных и цифровых технологий. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского гос. экономического ун-та, 2015. 226 с.
- Bashir I. Mastering blockchain. Birmingham: Packt, 2017, 537 p.
- Ream J. et al Upgrading blockchains: Smart contract use cases in industry. Deloitte University papers, 2016, no 2, pp. 1–11.
- Gatteschi V. et al Blockchain and Smart Contracts for Insurance: Is the Technology Mature Enough? Future Internet, 2018, no 2, pp. 1–16.
- Grigg I. The Ricardian Contract. WEC '04: Proceedings of the First IEEE International Workshop on Electronic Contracting, July 2004, pp. 25–32.
- Navarro N. et al. Inteligencia artificial. Valencia: Tirant, 2017, 293 p.
- Wattenhofer R. The science of the blockchain. Create Space Independent Publishing Platform, 2016, 123 p.
-



## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1**

### **Smart Contract: from Identification to Certainty**



#### **Yuriy Truntsevsky**

Professor, Leading Researcher, Department of Methodology of Corruption Counteraction, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: trunzev@yandex.ru



#### **Vyacheslav Sevalnev**

Department A of Methodology of Corruption Counteraction, 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: sevalnev77@gmail.com



#### **Abstract**

The purpose of the article is the best understanding of opportunities and obstacles to the implementation and improvement of the practice of network contracts (smart contracts). Methodology of the research is represented by a holistic set of principles and methods of scholar analysis inherent in modern legal science. As a fundamental dialectical method used with implementing general research (system-structural, formal logical, analytical and synthesis of individual parts, individual features of concepts, abstraction, generalization, etc.) and private scholar (technical and legal method, systematic, comparative, historical, grammatical, method of unity of theory and practice, etc.) methods. The study analyzes views of lawyers and other specialists of Russia and foreign countries, legislative innovations in the field of digital technologies, the practice of smart contracts based on blockchain, the main risks of implementing smart contracts in economic activities, followed by the allocation among them (legal, technological, operational, criminogenic) factors of their occurrence. As a result of the study, the authors note that in realities of contemporary life from the legal definition of a smart contract, its legal and technological characteristics, advantages and disadvantages, it is necessary to move to the implementation of startups in a wide range of life, and primarily in the field of business, state control and social relations. Academic support and information support of the obtained theoretical and practical results of such processes will contribute to the development of a wide range of industries, public administration and the introduction of digital technologies to improve the quality of life of society and the individual citizen. As proposals, approaches to the legal definition of a smart contract have been developed, and a set of tasks that need to be solved at the legislative and technological-legal level in order to effectively implement smart contracts in various spheres of public life has been scientifically substantiated.



#### **Keywords**

smart contract, blockchain, technology, contract law, risk, Internet of things, court.

**Acknowledgments:** The work is supported by the Russian Foundation for Basic Research, project 18-29-16023.

For citation: Truntsevky Yu.V., Sevalnev V.V. (2020) Smart Contracts: from Identification to Certainty. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 118–147 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.118.147



## References

- Anisimov V.F. et al (2018) Robotics and automation: legal education and the profession. *Yuridicheskoye obrazovaniye i nauka*, no 3, pp. 11–16 (in Russian)
- Bashir I. (2017). *Mastering blockchain*. Birmingham: Packt, 531 p.
- Dolova M.O. (2019) The applicability of blockchain technology in the consideration of cases by courts. Legal regulation of contractual relations arising in connection with the development of digital technologies (smart contracts). Proceedings of the round table. Moscow: Yurist, pp. 27–36 (in Russian)
- Efimova L. G., Sizemova O. B. (2019) Legal nature of smart contract. *Bankovskoye pravo*, no 1, pp. 23–30 (in Russian)
- Gatteschi V. et al (2018) Blockchain and Smart Contracts for Insurance: Is the Technology Mature Enough? *Future Internet*, no 2, pp.10–20.
- Golovanova N.A. et al. (2019) *Criminal activity in the conditions of digitalization*. Moscow: Contract, 212 p. (in Russian)
- Grigg I. (2004) The Ricardian Contract. *Proceedings of the First IEEE International Workshop on Electronic Contracting*, pp. 25–31.
- Gromova E.A. (2018) Smart contracts in Russia: an attempt to determine legal essence. *Pravo i tsifrovaya ekonomika*, no 2, pp. 34–37 (in Russian)
- Ivanov A.Yu., Bashkatov M. L., Galkova E.V. et al. (2017). *Blockchain at the peak of HYIP: legal risks and opportunities*. Moscow: Higher School of Economics, 237 p. (in Russian)
- Kalinina A.L. (2019). Using smart contracts. Legal regulation of contractual relations arising in connection with the development of digital technologies (smart contracts). Proceedings of the round table. Moscow: Yurist, pp. 37–45 (in Russian)
- Kamalyan V.M. (2019). Concept and legal features of smart contracts. *Yurist*, no 4, pp. 20–27 (in Russian)
- Khabrieva T.Ya. (2018). Law and challenges of digital reality. *Zhurnal rossijskogo prava*, no 9, pp. 5–16 (in Russian)
- Khabrieva T. Ya., Chernogor N.N. (2018). Law in digital reality. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, pp. 85–102 (in Russian)
- Makarchuk N.V. (2019). Public law restrictions on the use of digital assets and technologies. *Predprinimatel'skoye pravo*, no 1, pp. 40–43 (in Russian)
- Navarro N. et al (2017) *Inteligencia artificial*. Valencia: Tirant, 293 p.
- Navrodska V.B. (2019) *New technologies (blockchain / artificial intelligence) at the service of law*. Moscow: Prospect, 128 p. (in Russian)
- Nosov S.I. (2019) Law and Informatization. *Yurist*, no. 4, pp. 6–13 (in Russian)
- Parfenov A.V., Shapovalov I.M., Valko D.V., Kirillov A.A. (2015) *Logistics of e-Commerce*. Saint Petersburg: University, 79 p. (in Russian)
- Perov V.A. (2017) *Identification, qualification and organization of investigation of crimes committed with the use of cryptocurrency*. Moscow: Yurlitinform, 197 p. (in Russian)
- Popova E.M., Popov N.V. (2016). Blockchain as a driver of changes in the banking sector. *Bankovskiyе uslugi*, no. 12, pp. 9–14 (in Russian)

- Rassolov I.M. et al (2006). *Legal issues of Internet relations*. Moscow: Unity, 34 p. (in Russian)
- Ream J., Chu Y., Schatsky D. (2016) Upgrading blockchains: Smart contract use cases in industry. *Deloitte University papers*, no 2, pp. 1–11.
- Savelyev A.I. (2016) Contract law 2.0: “smart” contracts as the beginning of the end of classical contract law. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 3, pp. 32–60 (in Russian)
- Savelyev A.I. (2017). Some legal aspects of the use of smart contracts and blockchain technologies under Russian law. *Zakon*, no 5, pp. 94–117 (in Russian)
- Shaidullina V. K. (2019). Smart contracts in the financial market: research results. *Sud'ya*, no 2, pp. 21–23 (in Russian)
- Sinityn S.A. (2019) Agreement: new facets of legal regulation and legal issues. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, pp. 45–61 (in Russian)
- Volos A.A. (2018) Smart contracts and principles of civil law. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 12, pp. 5–7 (in Russian)
- Wattenhofer R. (2016) The science of the blockchain. *Create Space Independent Publishing Platform*, 123 p.
- Yanenko M.B., Yanenko M.E. (2015). *Methodology of formation of marketing strategies in the conditions of introduction of information and digital technologies*. Saint Petersburg: University, 226 p. (in Russian)
- Zemtsov A. N. (2016) Blockchain for all. *Open system. SUBD*, no 4, pp. 24–26 (in Russian)

# Справедливость в уголовном праве: современное состояние вопроса

---

---

 **Ф.Ф. Мамедова**

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

---

## **Аннотация**

В статье рассматривается категория справедливости в современном уголовном законе. Анализируются философское понятие справедливости, развитие понятия справедливости в уголовном законе, соотношение справедливости, социальной справедливости и принципа справедливости. Особое внимание уделяется достижению справедливости при конструировании санкций уголовно-правовых норм при назначении наказания. Делается вывод, что справедливость представляет собой иерархически упорядоченную систему взаимосвязанных нравственных ценностей, предполагающую такое сочетание нравственных высших категорий, при котором ограниченная равенством свобода в соответствии с объективным порядком воплощает добро. Восстановление справедливости в качестве цели уголовного наказания есть одобряемое с позиций нравственности состояние возникших вследствие совершенного преступного посягательства общественных отношений, имеющее место в связи с реализацией наказания, соответствующего характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного, и возмещением причиненного ущерба. Категории «справедливость» и «принцип справедливости» не являются идентичными. В качестве общего признака выступает нравственная категория добра, различие проводится по степени распространенности рассматриваемых категорий на общественные отношения. Категория «справедливости» является своего рода фундаментом формирования принципа справедливости. Принцип справедливости находит выражение как в доктрине уголовного права, так и в действующем уголовном законодательстве и практической деятельности. Его правовое содержание раскрывается в совокупности следующих требований: справедливость криминализации деяний, справедливость привлечения к уголовной ответственности, справедливость дифференциации ответственности, справедливость назначения и реализации наказания и других мер уголовно-правового характера.

---

## **Ключевые слова**

справедливость, наказание, уголовное право, уголовный закон, преступник, назначение наказания, возмещение ущерба.

---

---

**Для цитирования:** Мамедова Ф.Ф. Справедливость в уголовном праве: современное состояние вопроса // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 148–168.

УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.148.168

## **Введение**

Проблему определения сущности справедливости можно отнести к числу самых древних. С развитием человечества эта категория, выступая своего рода оценкой общественных отношений, остается актуальной. В действующем уголовном законе ссылки на справедливость встречаются в виде конституированного в тексте принципа справедливости (ст. 6 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ))<sup>1</sup>, цели наказания (ч. 2 ст. 43 УК РФ) и одного из общих начал назначения наказания (ч. 1 ст. 60 УК РФ). Соответственно, понимание этой категории для целей уголовного закона носит характер действительно важного вопроса.

В современных условиях установление в законе критериев назначения справедливого наказания выступает в качестве гарантии соблюдения прав виновных и потерпевших. Законодателем предусмотрены три подобных критерия: соответствие назначенного наказания характеру и степени общественной опасности совершенного преступного посягательства, соответствие наказания обстоятельствам совершения преступного деяния и соответствие наказания личности виновного. Принцип справедливости в тексте уголовного закона раскрыт законодателем не полностью, так как его законодательная конструкция направлена лишь на защиту прав лица, совершившего преступное посягательство, но не потерпевшего от преступления.

## **1. Историко-методологические подходы к понятию справедливости**

Не углубляясь далеко в прошлое, попробуем осветить развитие понимания справедливости в праве в целом и уголовном праве, в частности, начиная с русской дореволюционной мысли. В этот период понятие справедливости использовалось для разрешения проблем гносеологического характера. Так, священник В. Зеньковский, указывая на важную роль этики в развитии русской философии, отмечал, что «русские мыслители... даже занимаясь областями философии, далекими от этики, как правило, не упускали из поля зрения связь между предметами их исследований и этическими

---

<sup>1</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 02.08.2019) // СЗ РФ. 1996. N 25. Ст. 2954.

проблемами». Содержание понятия «правда-справедливость» в этот период выступает в качестве важнейшей оставляющей идеала цельного познания [Лосский Н.О., 1991: 25–26, 471].

Справедливость есть категория оценки, но не познания. Абсолютную уверенность в осуществлении определенного шага общественного развития предопределяют, с точки зрения Б.А. Кистяковского, лишь нравственные качества и вера в то, что «стремление к наиболее справедливому социальному строю присуще всякому и общеобязательно для всякого». Итог любого процесса социального характера, как он считал, «является всегда одинаково результатом как естественного хода необходимо обусловленных явлений, так и присущего людям стремления к осуществлению справедливости» [Кістяківський Б., 2011: 228].

По мнению В.С. Соловьева, справедливость представляет собой форму любви, которая достигается лишь при условии свободного единения общества. Что касается степени подчинения индивида обществу, то таковая должна корреспондировать степени подчинения самого общества нравственному добру. Исходя из того, что общество есть личность расширенная, а личность является сосредоточенным обществом, В.С. Соловьев связывал индивидуальное совершенство с процессом всемирного единения, указывая, что лишь общество может быть полным осуществлением нравственности [Лосский Н.О., 1991: 471].

В советской литературе справедливость отражалась как многогранное явление. Рассматриваемая категория тесно связывалась с моралью, не ограничиваясь лишь правовой сферой ввиду того, что применялась к оценке экономической, социальной и политической действительности и в любом случае выражалась в праве. В философском энциклопедическом словаре справедливость определялась как «понятие о должном, соответствующее определениям о сущности человека и его неотъемлемых правах...» [Ильичев Л.Ф., Федосеев П.Н., Ковалев С.М., Панов В.Г., 1983: 622]. Понятие справедливости содержало тем самым в себе требование соответствия между практической ролью разных индивидов (социальных групп) в общественной жизни и их социальным статусом, между их правами и корреспондирующими им обязанностями, между совершенным деянием и последующим воздаянием и т.д. Какое-либо несоответствие в данных соотношениях является несправедливостью. Как видно из данного определения, категория справедливости является и этической, и правовой, и социально-политической.

Справедливость следует рассматривать в широком и узком смыслах. В широком смысле она представляет собой философско-этическую категорию, которая отражает многоплановость общественно-экономических связей и отношений людей. В узком смысле справедливость следует рассма-

тривать как правовую категорию. Принимая во внимание динамизм справедливости, а равно ее относительный характер, следует четко осознавать, что справедливость включает в себе элементы несправедливости, объем которых напрямую зависит от уровня общественного развития (правовых, моральных, экономических, политических и иного рода отношений).

Переходя к правовой стороне категории справедливости, отметим, прежде всего, что и по смыслу, и по этимологии справедливость (*iustitia*) восходит к праву (*ius*), предполагает наличие в социальном мире правового начала и отражает его правильность и необходимость. Тем не менее, с позиции некоторых авторов, в частности, Н.Д. Дурманова, «латинское слово *iustitia* переводится на русский язык и как “справедливость”, и как “правосудие”. Таким образом, не совсем ясно, идет ли речь, по существу, об одном понятии или о разных. Возможно, мы имеем дело в данном переводе со справедливостью, включающей в себя и правосудие» [Дурманов Н.Д., 1967: 367].

Учитывая свое объективное назначение, право представляет собой орудие установления порядка, мира и стабильных общественных отношений. В своем осуществлении, как отмечено И.И. Голубовым и А.Д. Черновым [Чернов А.Д., Голубов И.И., 2000: 6], оно часто прикрывает собой насилие, интриги, раздор и войны. В каждом подобном случае как будто совершенно неожиданно обнаруживается, что право и государство получили неправильное содержание, недостаточно достойную форму и ложную цель, а законы, в том числе и уголовные, прежде казавшиеся эффективными, привели к обратному результату и нуждаются в более глубоком обновлении и возрождении.

Толкование справедливости с точки зрения уголовного права конкретизирует и развивает общефилософскую концепцию социальной справедливости.

Еще Аристотель различал уравнивающую и распределяющую справедливость. Критерий уравнивающей справедливости по Аристотелю — это «арифметическое равенство», а сфера его применения — область гражданско-правовых сделок, возмещения ущерба, наказания и т.д. Распределяющая справедливость подчиняется «геометрическому равенству», означая деление общих благ по достоинству, пропорционально вкладу и взносу того или иного члена общения. В данном случае может иметь место как равное, так и неравное наделение соответствующими благами (властью, почестью, деньгами и т.д.) [Нерсесянц В.С., 1996: 59].

К настоящему времени традиция выделения двух указанных аспектов справедливости применительно к уголовному праву сохранилась, хотя имеется определенная зависимость их понимания от интерпретатора. Так, по мнению П.П. Осипова, уравнивающая сторона справедливости заключается

в равенстве всех граждан перед уголовным законом, что выражается «в одинаковости официальной оценки каждого гражданина, совершившего подпадающие под признаки уголовно-правовой нормы общественно опасного действия, и обязательном реагировании на каждое преступление только теми средствами, которые предусмотрены уголовным законодательством» [Осипов П.П., 1976: 110]. К распределяющей стороне должно относиться обеспечение соразмерности между преступлением и наказанием.

По-своему понимал уравнивающий и распределяющий аспекты справедливости А.С. Горелик, ставя справедливость нормы права или судебного решения в зависимость от двух видов сравнения: внутригруппового и межгруппового. По его мнению, внутригрупповое сравнение соответствует уравнивающему аспекту и заключается в сравнении правового положения лиц, принадлежащих к какой-либо группе, с другими лицами, входящими в эту же группу в зависимости от наличия у них одного общего признака, будь то совершение одинаковых деяний, одинаковые характеристики личности и т.д. Межгрупповое сравнение применимо к обеспечению распределяющего аспекта справедливости, когда происходит сравнение данной группы с другими группами, имеющими отличные от первой признаки, например совершение других деяний, иная характеристика и т.д. [Горелик А.С., 1990: 86]

А.И. Чучаев выделяет три элемента справедливости: мера воздаяния, мера требования и правильность оценки (предъявление одинаковых моральных требований ко всем, оценку поступков, фактов, явлений под углом зрения одного морального критерия) [Чучаев А.И., 1989: 52]. По сути дела, первые два элемента, названные им, можно отнести к распределяющему аспекту справедливости, а третий — к уравнивающему.

## **2. Отражение принципа справедливости в российском уголовном праве**

В УК РФ содержание принципа справедливости заметно отличается от философского ее понимания. Во-первых, в ч. 1 ст. 6 УК РФ выражен лишь ее распределяющий аспект. Уравнивающий аспект отражен в ст. 4 УК РФ, которая посвящена принципу равенства граждан перед законом. Во-вторых, в ч. 2 ст. 6 УК сформулирована норма, имеющая весьма косвенное отношение к философскому принципу справедливости: «Никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление».

Таким образом, сутью уголовно-правового принципа справедливости является идея соразмерности деяния и его уголовно-правовой оценки в широком смысле, иначе говоря, в ч. 1 ст. 6 УК РФ выражен только распределяющий аспект. С точки зрения формальной логики это недопустимо, потому



что вторая неотъемлемая уравнивающая составляющая справедливости в данном уголовно-правовом принципе отсутствует. При этом она целиком отнесена к содержанию другого самостоятельного принципа — равенства граждан перед законом (ст. 4 УК РФ).

Поскольку «справедливость» — это этическая категория, использование такого термина в УК РФ несет в себе весомый заряд субъективизма. Использование термина «соразмерность» выгодно тем, что он «очищен» от излишних моральных оттенков и сосредоточен на сугубо технической стороне решения дела. Смещение же права и справедливости дало основание некоторым ученым поставить принцип справедливости над другими принципами уголовного права. Между тем, как отмечено Т.Р. Сабитовым, «речь идет о философском понятии справедливости, потому что сущностью уголовно-правового принципа справедливости является соразмерность, которая уже как минимум не включает равенство» [Сабитов Т.Р., 2013: 109]. Следовательно, утверждение, что принцип справедливости — высший в иерархии правовых принципов, вряд ли имеет какие-либо серьезные основания.

Социальная несправедливость предполагает причинение физического, материального и морального ущерба людям, обществу, государству. Являясь целью уголовного наказания, восстановление социальной справедливости предполагает назначение преступнику такого наказания, которое могло бы нейтрализовать негативные последствия преступного посягательства [Наумов А.В., 2002: 53–54]. При этом наказание обязательно должно быть строгим с тем, чтобы было возможно сформировать у неустойчивых лиц позицию нецелесообразности удовлетворения потребностей противоправным путем, а у устойчивых — создать уверенность в том, что посредством применения наказания негативные последствия будут устранены.

Представляется, что цель наказания как восстановления социальной справедливости наиболее полно раскрыта А.Ф. Бернером. Он отмечал, что преступное деяние оскорбляет общую волю (закон, общество, государство), но зачастую, помимо прочего, им оскорбляется и отдельная воля (лицо, которое пострадало от посягательства). Как та, так и другая должны быть удовлетворены, т.е. предполагаемое наказание должно возратить обществу и пострадавшему чувство справедливости. Когда преступление преимущественно оскорбляет частную волю, к примеру, оскорбление чести, то, соответственно и наказание должно преимущественно удовлетворять данную частную волю. Когда преступление оскорбляет преимущественно волю общества, то и наказанием удовлетворяется последняя.

Учитывая характер преступления и разные цели наказания, должна обладать то одна, то другая цель. Все данные цели должны быть воплощены в наказании, определенном идеей воздающей справедливости, которая

и составляет основу наказания [Бернер А.Ф., 1865: 560, 561]. Цель наказания представляет собой итоговый фактический результат, которого стремится достичь государство посредством установления уголовной ответственности, осуждения совершившего преступление лица к определенному наказанию и исполнения его. Но не всегда возможно восстановить социальную справедливость лишь посредством наказаний, предусмотренных в ст. 44 УК РФ. Нельзя говорить о социальной справедливости тогда, когда потерпевшему не возмещается либо не компенсируется вред, который причинен преступлением.

На основе сформулированного выше понятия справедливости восстановление социальной справедливости в качестве цели уголовного наказания можно определить следующим образом: это одобряемое с позиций нравственности состояние возникших вследствие совершенного преступного посягательства общественных отношений, имеющее место после реализации наказания, которое соответствует характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения, личности виновного, а также возмещения причиненного ущерба.

Одним из критериев восстановления справедливости выступает реализация справедливого наказания. Раскаяние и прощение не могут выступать в качестве критериев восстановления справедливости, так как достижения раскаяния нельзя потребовать с точки зрения права, это исключительно личный акт. Тем не менее, когда оно имеет место, его не следует игнорировать, равно как и прощение, которое является практически универсальным способом разрешения конфликтов [Карамашев С.Б., 2004].

Интересен вопрос о соотношении понятий «справедливость в уголовном праве» и «принцип справедливости».

Категория справедливости может проявляться на различных уровнях. В числе наиболее широких следует назвать понятие социальной справедливости, охватывающее все сферы социальной действительности; одной из форм ее реализации является справедливость как правовой принцип. В системе права она является принципом общеправовым, отраслевым либо присущим отдельным институтам и правовым нормам.

Все уровни основаны на общих представлениях о справедливости, но по мере снижения степени абстрактности выступают в качестве все более и более конкретных решений, которые закреплены в законе либо осуществляются на практике. В данном смысле следует говорить о справедливости как о принципе всего уголовного права в целом, и, в частности, о его проявлениях при назначении уголовного наказания.

По мнению Р.Н. Ласточкиной, справедливость представляет собой аккумулирующее в себе уравнивающий и распределяющий аспекты требование к определяемой судом мере уголовно-правового воздействия, в соответствии

с которым вид и размер наказания должны быть определены согласно характеру и степени общественной опасности преступного деяния, личности виновного, обстоятельствам, смягчающим и отягчающим ответственность [Ласточкина Р.Н., 1983]. Иными словами, справедливость сводится к учету факторов, влияющих на индивидуализацию наказания.

Определенная попытка разграничения индивидуализации и справедливости была предпринята Л.Л. Кругликовым, с точки зрения которого установленные законодателем критерии назначения наказания, равно как и его справедливость, соотносятся между собой как средство и цель [Кругликов Л.Л., 1979: 55].

А.С. Горелик замечал: «Подчиненное значение индивидуализации по отношению к справедливости подмечено правильно, но этим не решается проблема их разграничения, ибо принцип — это не средство и не цель, к тому же последнее понятие относительное, поскольку одно и то же явление может одновременно рассматриваться и как средство, и как промежуточная цель для достижения каких-либо более дальних целей» [Горелик А.С., 1991: 90].

С.Г. Келина и В.Н. Кудрявцев полагали, что «принципы справедливости и индивидуализации — близкие, но не вполне совпадающие категории. Индивидуализация всегда относится к личности виновного, справедливость же — понятие более широкое: здесь учитываются и личные, и общественные интересы» [Келина С.Г., Кудрявцев В.Н., 1988: 136].

В некоторых случаях встречаются утверждения, что социальная справедливость ограничивается назначением виновному законного, обоснованного и справедливого наказания.

Иного мнения придерживается М.Н. Становский, который считает, что смысл, вкладываемый законодателем в понятия «социальная справедливость» и «принцип справедливости», неравнозначен. В соответствии со ст. 6 и ч. 1 ст. 60 УК РФ справедливость служит лишь принципом назначения лицу, признанному виновным в совершении преступления, праведного наказания [Становский М.Н., 1999: 17].

Согласимся с позицией М.Н. Становского, что «восстановление социальной справедливости» — это конечный результат, цель, к которой стремится законодатель, а «принцип справедливости» — это средство, с помощью которого нужная цель может быть достигнута. А.М. Яковлев утверждал, что «уголовное наказание должно восстановить справедливость, попорченную в результате совершения преступления» [Яковлев А.М., 1962: 109]. Иными словами, социальная справедливость является более емким понятием, чем принцип справедливости.

Таким образом, понятия справедливости и принципа справедливости близки, но все же не идентичны. Их объединяющим началом выступает

нравственная категория добра. Разграничение их состоит в том, что правовой принцип, в отличие от нравственной категории справедливости, не может охватить своим содержанием все отношения между людьми.

Хотя принципы уголовного права получили свое законодательное закрепление только в действующем УК РФ, их оформление имеет определенные традиции. Так, в постановлении Пленума Верховного Суда РСФСР от 26 декабря 1989 г. № 7 «О практике назначения наказаний, не связанных с лишением свободы»<sup>2</sup> говорилось о принципе дифференциации при назначении наказания, а в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 5 декабря 1986 г. № 15 «О дальнейшем укреплении законности при осуществлении правосудия»<sup>3</sup> отмечалась необходимость соблюдения принципа социальной справедливости.

До своего закрепления в УК РФ принцип справедливости в качестве самостоятельного принципа уголовного права рассматривался в ряде монографических работ [Брайнин Я.М., 1955]; [Загородников Н.И., 1966]; [Демидов Ю.А., 1968]; [Фефелов П.А., 1970]; [Келина С.Г., Кудрявцев В.Н., 1988]. Таким образом, принцип справедливости имеет доктринальное происхождение.

Принцип справедливости реализуется через систему принципов института назначения наказания, среди которых:

принцип законности назначения наказания и применения других мер уголовно-правового характера;

принцип гуманности;

принцип экономии уголовной репрессии;

принцип соответствия назначенного наказания характеру и степени общественной опасности совершенного деяния;

принцип индивидуализации назначения наказания.

Соотношение принципов по вертикали в Общей части УК РФ выявляет их иерархию, в которой важное место отводится принципу справедливости. Такое выделение обусловлено определенными обстоятельствами:

принцип справедливости охватывает своим содержанием все остальные принципы, которые его конкретизируют;

принцип справедливости определяет содержание иных принципов (при этом не исключено, что юридическое выражение определенного принципа в уголовно-правовых нормах может быть не вполне удачным);

принцип справедливости является своего рода арбитром в случае возникновения противоречий между иными уголовно-правовыми принципами;

---

<sup>2</sup> Документ утратил силу.

<sup>3</sup> Бюллетень Верховного Суда СССР. N 1. 1987.

разрешение возникающих при разработке уголовного законодательства либо в процессе его применения правовых коллизий осуществляется в соответствии с принципом справедливости.

В уголовно-правовой доктрине имеют место и противоположные взгляды на место принципа справедливости в уголовном праве. В частности, А.А. Мамедовым отмечается, что «справедливость выражается не как принцип в узком смысле этого слова, а через такие принципы, как законность, гуманизм, принцип ответственности за вину, которые, являясь критериями справедливости, в полной мере влияют на вынесение справедливого наказания» [Мамедов А.А., 2001: 17]. Л.Л. Кругликов считает справедливым лишь то наказание, которое одновременно законно, целесообразно, экономно и гуманно [Кругликов Л.Л., 1999: 110]. Через призму нормативных дефиниций принципов равенства и гуманизма определяет принцип справедливости В.В. Мальцев [Мальцев В.В., 2004: 46].

В этих позициях сущность справедливости как уголовно-правового принципа определяется посредством сравнения с другими правовыми принципами. Но указанные авторы не учитывают то обстоятельство, что взаимосвязи в системе принципов не ограничены вертикалью. Каждый отдельный принцип уникален как по содержанию, так и по характеру проявления. Поэтому не следует сводить взаимосвязь между ними к формуле «целое — часть». Уголовно-правовые принципы справедливости, гуманизма, законности, вины и равенства всех перед законом взаимообусловлены единой для них сферой реализации.

В целом можно сказать, что так как принцип справедливости является в том числе и системообразующим началом права, ему принадлежит координирующая и определяющая роль. Это обусловлено тем, что данный принцип органически включен в содержание всех остальных.

С одной стороны, он определяет пределы действия других принципов, поддерживает в них равновесие права и морали, не позволяя, например, гуманизму превратиться во всепрощение, а законности — в чистую формальность. С другой, нарушение одного из принципов будет автоматически влечь и нарушение справедливости. Кроме того, принцип справедливости играет важную роль и при разработке, применении законодательства, а также при вынесении судебных приговоров [Медведева М.А., Воронкова Н.В., 2012: 31–34]. Наличие противоречий и пробелов в законодательстве, а также несоответствие приговора закону, игнорирование всех требований законодательства при назначении наказания не позволяют такие решения и акты считать справедливыми.

Применение наказания также вызывает необходимость учета чувства справедливости. Об этом писал еще Ч. Беккариа. Определяя справедливость как «результат соотношения между деятельностью в обществе и его

постоянно меняющимся состоянием», он утверждал, что наказание будет справедливым только в том случае, если оно является «гласным, незамедлительным, неотвратимым, минимальным из всех возможных при данных обстоятельствах, соразмерным преступлению и предусмотренным в законах» [Беккариа, 1995: 60, 247]. Эти условия обязательно должны выполняться при назначении наказания и в современном обществе.

Известно, что справедливость проявляется на разных уровнях: общеправовом, отраслевом и институциональном. Со снижением степени абстрактности она отражается в более определенных требованиях, каждое из которых основано на общих представлениях о справедливости. Не являются исключением и уголовно-правовые принципы. Поэтому нельзя согласиться с мнением С.А. Велиева, что «справедливость вряд ли можно с достаточной полнотой воплотить в уголовном законе, наиболее карательной отрасли, в которой постоянно борются противоречащие друг другу тенденции» [Велиев С.А., 2004: 305]. Представляется, что карательная функция уголовного закона определяется, в первую очередь, целью восстановления социальной справедливости (ч. 2 ст. 43 УК РФ).

Принцип справедливости является самым дискуссионным среди других принципов уголовного законодательства. В первую очередь это связано с отсутствием единообразия в понимании самой справедливости. Справедливо в связи с этим отмечает Ю.И. Бытко, что «одни исследователи отождествляют справедливость с правом, другие, подчеркивая их взаимосвязь, по-разному определяют их субординационность: у одних право признается явлением, производным от справедливости, порожденным ею, у других, наоборот, справедливость рассматривается как порождение права» [Бытко Ю.И., 2005: 14].

Сама справедливость выступает скорее философской, а не правовой категорией. Именно поэтому появление в уголовном праве принципа справедливости и соответствующей цели уголовного наказания вызывает у отдельных авторов обоснованные сомнения в возможности вычленить грань, распространяющую свое действие на уголовное право, и представить данную грань в качестве уголовно-правового принципа. Пожалуй, именно этим объясняется несогласие ряда авторов закрепить на законодательном уровне определение справедливости, «тем более, как такого же принципа уголовного права, как и другие» [Кленова Т.В., 2001: 20], а также проблемность законодательной регламентации исследуемого принципа.

В связи с этим В.В. Мальцев отмечает, что, несмотря на очевидные достоинства определения принципа справедливости, последний выражен не как основное положение, на котором построено уголовное законодательство, а, скорее, как общее начало назначения наказания [Мальцев В.В., 1997: 98].

С другой позиции рассматривает данный принцип Н.А. Лопашенко, указывающий, «что трактовка принципа справедливости в законе слишком узка: если принимать во внимание ч. 1 ст. 6 УК РФ, следует распространить его только на применяемые к лицу меры уголовно-правового характера; ч. 2 ст. 6 УК РФ несколько расширяет пределы действия принципа справедливости, обращая его внимание на всю уголовную ответственность, однако, опять-таки на конкретную ответственность конкретного человека, совершившего преступление. Получается, что принцип справедливости заведомо, по мысли законодателя, не работает на уровне законотворчества, не применяется в отношении лиц, пострадавших от преступлений, и т.д.» [Лопашенко Н.А., 1989: 232].

Будучи изначально этической категорией, принцип справедливости находит проявление во многих аспектах. Так, справедливость может рассматриваться как оценка и мера целей, как оценка и мера средств, как оценка и мера результатов [Давидович В.Е., 1989: 31]. Конкретизирует данную позицию В.Д. Филимонов, выделяя в принципе справедливости оценку целей уголовной ответственности и наказания; оценку средств их достижения и результатов применения наказания [Филимонов В.Д., 2004: 106–107]. Необходимо отметить, что данный подход к уяснению сущности справедливости в качестве этико-юридического феномена весьма ограничивает ее фактическую правовую значимость.

По мнению Ю.Е. Пудовочкина и С.С. Пирвагидова, содержание принципа социальной справедливости включает в себя: справедливость при криминализации деяний, справедливость пенализации преступлений, справедливость привлечения к уголовной ответственности, справедливость назначения и реализации наказания и других мер уголовно-правового характера [Пудовочкин Ю.Е., Пирвагидов С.С., 2003: 130].

Уголовный закон будет считаться справедливым, если он отвечает требованиям криминологической, социальной и этической обоснованности. Перегибы при криминализации деяний могут привести к наступлению нежелательных последствий. Проявлением справедливости в уголовном праве является назначение справедливого наказания, которое будет считаться справедливым только если оно соответствует характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного.

Следующим уровнем проявления справедливости в уголовном праве является законодательное определение справедливой санкции за деяние. Санкция, как и уголовное право в целом, характеризуется признаком объективности, т.е. санкция зависит от окружающей действительности и отражает ее. Чем ближе санкция к окружающей действительности, тем эффективнее она применяется.

Одним из необходимых требований, предъявляемых к санкции, является соответствие ее характеру общественных отношений, которые охраняются определенной уголовно-правовой нормой. В этой связи возможна определенная коллизия социальной значимости общественных отношений. Например, уголовное право охраняет экономическую деятельность и интересы несовершеннолетних. При совершении несовершеннолетним посягательства в сфере экономической деятельности возникает необходимость совместить два указанных охраняемых интереса, тогда как их охрана осуществляется в противоположных направлениях: в усилении санкции по первому основанию и в ослаблении — по второму. В обоих случаях выражается социальная обоснованность.

Принцип социальной справедливости в данном случае будет проявляться в том, что тяжесть санкции (вид и размер наказания, отраженные в ней) должна соответствовать характеру опасности преступления. Если схожие по составам преступления совершаются с различной формой вины, то санкция за умышленное преступление должна быть более строгой, чем за преступление, совершенное по неосторожности, что будет соответствовать принципу социальной справедливости.

Уголовным правом охраняются не все общественные отношения, а только наиболее значимые. Право, в том числе уголовное, в высокой степени субъективно. В связи с этим субъективность присуща и санкции, так как санкция — преломленная в сознании определенных представителей общества неизбежность защиты существующих общественных отношений и мера интенсивности воздействия на психологию преступника [Козлов А.П., 1989: 13]. Если законодатель неправильно построит санкцию (неверно определит вид и размер наказания), это может повлечь неприменение санкции или применение необоснованных мер воздействия к правонарушителю и, как следствие, невыполнение целей наказания.

Как отмечалось выше, в настоящее время принцип справедливости, закрепленный в ст. 6 УК РФ, сводится лишь к справедливости наказания и иных мер уголовно-правового характера, применяемых к лицу, совершившему преступление, что не совсем верно. В литературе предлагаются различные пути выхода из сложившейся ситуации, и в большей степени верной представляется точка зрения, высказанная Н.Ф. Кузнецовой, что помимо указанного в УК РФ аспекта, рассматриваемый принцип должен проявляться и в справедливости уголовного закона. Однако основная проблема, на наш взгляд, заключается в том, а что понимать под справедливостью закона вообще и уголовного в частности.

Как отмечает А.И. Экимов, «в отличие от других категорий этики, имеющих оценочный характер, с позиций справедливости оцениваются не от-



дельные явления, а соотношения между ними» [Экимов А.И., 1980: 42]. Следовательно, недостаточно просто закрепить, что уголовный закон должен быть справедливым, необходимо сформулировать четкие критерии, которым этот закон обязан соответствовать. Это необходимо главным образом для того, чтобы данный принцип стал определенным барьером на пути законодателя при закреплении новых, изменении или отмене прежних уголовно-правовых норм, если они не отвечают этим критериям, а, следовательно, являются несправедливыми [Мальцев В.В., 1997: 98–99]. Провозглашая указанные идеи-принципы, законодатель тем самым возлагает на себя обязанность воплотить их в уголовно-правовых нормах. Отсюда следует, что и после принятия уголовного кодекса с законодателя отнюдь не снимается обязанность изменить или отменить всякую норму при обнаружении ее несоответствия этим принципам.

Используя имеющиеся в науке уголовного права определенные наработки в данной сфере, можно сформулировать критерии справедливости уголовного закона.

Во-первых, уголовный закон должен быть криминологически обоснован, т.е., как отмечала Н.Ф. Кузнецова, нацелен на сокращение преступности, исходя из ее уровня, динамики, структуры и прогноза [Кузнецова Н.Ф., Тяжкова И.М., 2002: 74]. Э.Ф. Побегайло также указывает, что изменения в уголовном законодательстве должны быть криминологически обоснованы, при этом предполагается тщательный учет выявляемых и прогнозируемых тенденций преступности, ее структуры, новых ее видов, контингента преступников и т.п. [Побегайло Э.Ф., 2004: 89]. Во-вторых, уголовный закон должен быть научно обоснован. Именно через тесную связь науки, законотворчества и практики применения уголовно-правовых норм можно прийти к созданию действительно эффективного уголовного закона, направленного на выполнение всех поставленных перед ним задач. В-третьих, уголовный закон не должен противоречить Конституции России, действующим нормам других отраслей права, а также общепризнанным принципам и нормам международного права и международным договорам России.

Тем не менее, есть еще одна проблема, которую в связи с этим нельзя обойти вниманием. Она заключается в определении того, что представляет собой справедливость для лиц, которым преступлением причинен физический, имущественный или моральный вред.

С.А. Галактионов считает, что с позиций потерпевшего социальная справедливость будет восстановлена, если: 1) осужденному будет назначено справедливое наказание, т.е. соответствующее характеру и степени общественной опасности преступного деяния, обстоятельствам его совершения, а также личности виновного; 2) в полном объеме будет возмещен матери-

альный ущерб, причиненный преступлением, и компенсирован моральный вред. Для отражения этого положения в нормах закона указанный автор предлагает дополнить ст. 6 УК РФ ч. 3 соответствующего содержания [Галлактионов С.А., 2004: 7, 59].

Возмещение ущерба, наряду с комплексом традиционных мер борьбы с преступностью, является одной из наиболее важных и эффективных мер, способствующих соблюдению законности и восстановлению социальной справедливости. Так, справедливо указывается: «В рамках общей проблематики защиты жертв преступлений возмещение ущерба является центральной и, может быть, наиболее важной проблемой. Именно здесь сходятся достижения правовой мысли, правовая политика государства, права и интересы граждан. Поэтому возмещение ущерба играет важную роль в восстановлении социального порядка и является стержнем системы правосудия. Именно в этом качестве обоснованность и необходимость возмещения ущерба всегда соответствовали в общественном сознании представлениям о добре и зле и идеалам справедливости» [Вавилова Л.В., Мухамедьянов Н., 1998: 53–56].

В настоящее время в России возмещение ущерба, причиненного преступлением, регламентируется уголовно-процессуальным и гражданским законодательством. Общепринятым считается мнение, что наказание в уголовном праве не ставит своей целью удовлетворение пострадавшего или возмещение ущерба, который был ему нанесен [Франк Л.В., 1974: 15]; [Бородин С.В., 1994: 92–96]. Но из этого не вытекает, что защита прав потерпевшего не должна осуществляться в уголовном порядке, тем более что в ч. 2 ст. 43 УК РФ предусмотрена такая цель наказания, как восстановление социальной справедливости.

Вероятно, дополнение, касающееся порядка возмещения потерпевшему причиненного ущерба, в большей степени относится к сфере гражданского права, а именно, к главе 59 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)<sup>4</sup>, поэтому нет оснований дублировать указанное положение в УК РФ. Однако следует отметить следующее.

Существующее на современном этапе регулирование защиты имущественных интересов пострадавшего от преступления, равно как и правоприменительная практика в данной сфере, являются неэффективными, не позволяя в полной мере восстановить нарушенные права и, соответственно, реализовать конституционный принцип, закрепленный в ст. 52 Конституции Российской Федерации<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 18.07.2019) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.10.2019) // СЗ РФ. 1994. N 32. ст. 3301.

<sup>5</sup> Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008

В качестве причин подобного неудовлетворительного положения выделяются следующие:

во-первых, зачастую возместить имущественный ущерб в полном объеме невозможно ввиду того, что у виновного отсутствуют необходимые для этого средства, равно как и имущество, на которое могло бы быть обращено взыскание;

во-вторых, в случае назначения виновному наказания в виде лишения свободы, возмещение будет производиться на протяжении нескольких лет ежемесячно незначительными суммами;

в-третьих, возмещение ущерба, причиненного преступлением, невозможно, когда виновное лицо не установлено, либо установлено, но скрывается от следствия, и привлечь его к уголовной ответственности на данный момент невозможно.

Согласно п. 3 ст. 1083 ГК РФ суд наделен правом, учитывая имущественное положение ответчика-гражданина, уменьшить размер возмещения, которое присуждено в пользу потерпевшего, но при условии, что ущерб причинен по неосторожности. С точки зрения виновного практическая реализация данной возможности есть акт гуманности, выраженный в освобождении полностью или частично от имущественных взысканий. Но с позиции потерпевшего это выглядит несколько иначе. В таком случае нельзя говорить о восстановлении справедливости, так как преступник освобождается от возмещения ущерба только лишь в силу объективных причин, которые никоим образом не связаны с его преступными действиями, тогда как потерпевший от преступления лишается возможности получить возмещение имущественного ущерба.

Совершенно очевидно, что понятие «восстановление» предполагает эффективность механизма возмещения ущерба.

В связи с этим следует отметить, что принцип справедливости в тексте уголовного закона раскрыт законодателем недостаточно полно, в связи с чем обедняется его содержание. В том виде, в каком принцип социальной справедливости раскрыт в УК РФ, он направлен исключительно на защиту прав лица, совершившего преступное посягательство, тогда как одной из приоритетных задач УК РФ является охрана прав и свобод человека и гражданина, и в первую очередь — законопослушного гражданина, потерпевшего от преступления. Согласимся с мнением С. Боронбекова, который указывает, что раз «восстановление социальной справедливости» является целью уголовного наказания, то и само понятие принципа справедливости надо тракто-

---

№ 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // СЗ РФ. 2014. № 31. ст. 4398.

вать несколько шире не только с позиции защиты прав преступника, но и с восстановления прав потерпевшего [Боронбеков С., 1997: 48–59].

В сфере уголовного права нередки случаи, когда один и тот же приговор суда может быть справедливым в отношении осужденного и несправедливым для потерпевшего, поскольку у каждого свое понятие о том, что справедливо, а что нет. По мнению З.А. Бербешкиной, понятие справедливости или несправедливости «формируется у человека на основе определенных объективных исторических условий жизни общества, которые воспринимаются субъектом через призму его индивидуальных особенностей, личного опыта, психологических и моральных свойств и качеств» [Бербешкина З.А., 1983: 114–115]. Но трудность в том, что уголовное право не может быть ориентировано на абстрактное представление о справедливости отдельного человека. В настоящее время обозначенная проблема решается посредством назначения лицу, совершившему преступление, такого наказания или применения таких мер уголовно-правового характера, которые соответствуют характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного.

## **Заключение**

Справедливость представляет собой иерархически упорядоченную систему взаимосвязанных нравственных ценностей, предполагающую такое сочетание нравственных высших категорий, при котором ограниченная равенством свобода в соответствии с объективным порядком воплощает добро. Восстановление справедливости в качестве цели уголовного наказания есть одобряемое с позиций нравственности состояние возникших вследствие совершенного преступного посягательства общественных отношений, имеющее место в связи с реализацией наказания, соответствующего характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного, и возмещением причиненного ущерба. Категории «справедливость» и «принцип справедливости» не являются идентичными. В качестве общего признака выступает нравственная категория добра, различие проводится по степени распространенности рассматриваемых категорий на общественные отношения. Категория «справедливости» является своего рода фундаментом для формирования принципа справедливости. Принцип справедливости находит выражение как в доктрине уголовного права, так и в действующем уголовном законодательстве и практической деятельности. Его правовое содержание раскрывается в совокупности следующих требований: справедливость криминализации деяний, справедливость привлечения к уголовной ответственности, справедливость

дифференциации ответственности, справедливость назначения и реализации наказания и других мер уголовно-правового характера. В современных условиях установление в законе критериев назначения справедливого наказания (ч. 1 ст. 6 УК РФ) выступает в качестве некоей гарантии соблюдения прав виновных и потерпевших. Законодателем предусмотрены три подобных критерия: соответствие назначенного наказания характеру и степени общественной опасности совершенного преступного посягательства; соответствие наказания обстоятельствам совершения преступного деяния и соответствие наказания личности виновного. Принцип справедливости в тексте уголовного закона раскрыт законодателем не полностью, так как его законодательная конструкция направлена лишь на защиту прав лица, совершившего преступное посягательство, но не потерпевшего от преступления.



### **Библиография**

- Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М.: Стелс, 1995. 304 с.
- Бербешкина З.А. Справедливость как социально-философская категория. М.: Мысль, 1983. 203 с.
- Бернер А.Ф. Учебник уголовного права. Части Общая и Особенная. СПб.: Тип. Н. Тиблена, 1865. 940 с.
- Боронбеков С. Место и роль социальной справедливости в Российском уголовном праве / Актуальные проблемы теории уголовного права и правоприменительной практики: межвуз. сб.. Красноярск: Краснояр. высш. шк. МВД, 1997. С. 48–59.
- Вавилова Л.В., Мухамедьянов Н. О практике возмещения ущерба жертвам преступлений // Следователь. 1998. N 1. С. 53–56.
- Велиев С.А. Принципы назначения наказания. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 388 с.
- Давидович В.Е. Социальная справедливость: идеал и принципы деятельности. М.: Политиздат, 1989. 255 с.
- Демидов Ю.А. О закономерностях развития и принципах советского уголовного права // Правоведение. 1968. N 2. С. 78–85.
- Карамашев С.Б. Восстановление справедливости как цель уголовного наказания: автореф. дис. ... к.ю.н. Красноярск, 2004. 23 с.
- Келина С.Г., Кудрявцев В.Н. Принципы советского уголовного права. М.: Наука, 1988. 176 с.
- Кістяківський Б. Категорії необхідності і справедливості при дослідженні соціальних явлень // Українська історіософія (XIX–XX ст.): антологія. Суми: Сумський державний університет, 2011. С. 220–245.
- Кленова Т.В. Основы теории кодификации уголовно-правовых норм: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2001. 36 с.
- Козлов А.П. Уголовно-правовые санкции. Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1989. 169 с.
- Кругликов Л.Л. Смягчающие и отягчающие обстоятельства в советском уголовном праве: Часть особенная. Ярославль: Изд-во Яросл. ун-та, 1979. 90 с.

- Кузнецова Н.Ф., Тяжкова И.М. (ред.) Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении. М.: Зерцало, 2002. 592 с.
- Ласточкина Р.Н. Явная несправедливость наказания как основание к отмене или изменению приговора: автореф. дис. ... к.ю.н. Казань, 1983. 16 с.
- Лопашенко Н.А. Принципы кодификации уголовно-правовых норм. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1989. 96 с.
- Лосский Н.О. История русской философии. М.: Советский писатель, 1991. 480 с.
- Мальцев В.В. Принцип справедливости в уголовном законодательстве // Уголовное право. 2004. N 2. С. 143–147.
- Мальцев В.В. Принципы уголовного законодательства и общественно опасное поведение // Государство и право. 1997. N 2. С. 98–102.
- Мамедов А.А. Справедливость как принцип назначения наказания: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2001. 19 с.
- Нерсесянц В. С. История политических и правовых учений. М.: 1996. 359 с.
- Становский М.Н. Назначение наказания. СПб.: Юридический центр Пресс, 1999. 480 с.
- Ильичев Л.Ф., Федосеев П.Н., Ковалев С.М., Панов В.Г. Философский энциклопедический словарь. М.: Советская энциклопедия, 1983. 840 с.
- Чучаев А.И. Цели наказания в советском уголовном праве. М.: ВЮЗИ, 1989. 83 с.
- Экимов А.И. Справедливость и социалистическое право. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1980. 120 с.
- Яковлев А.М. Об изучении личности преступника // Советское государство и право. 1962. N 11. С. 108–113.
- 

## **Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1**

### **Justice in Criminal Law: Current Status of the Issue**



**Fatima Mamedova**

Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya St., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: fmamedova@hse.ru



#### **Abstract**

The article is devoted to the category of justice in modern criminal law. The philosophical concept of justice, the development of the consolidation of the concept of justice in criminal law, the correlation of justice, social justice and the principle of justice are analyzed. A particular attention is paid to achieving justice in the design of penalties for criminal law. It is concluded that justice is a hierarchically ordered system of interconnected moral values, which implies a combination of higher moral categories in which freedom, limited by equality, embodies good in accordance with an objective order. The restoration of justice as a goal of criminal punishment is a condition approved from the standpoint of morality that arose as a result of a committed criminal assault of public relations, taking place in connection with the implementation of the punishment corresponding to the nature and degree of public danger of the crime, the circumstances of its commission and

the identity of the perpetrator, and compensation for the damage caused. The categories “justice” and “principle of justice” are not identical. The moral category of good is a common feature, the distinction is made according to the degree of prevalence of the categories in question in social relations. The category of “justice” is a kind of foundation for the formation of the principle of justice. The principle of justice is expressed both in the doctrine of criminal law and in existing criminal law and practice. Its legal content is disclosed in the aggregate of the following requirements: justice of criminalization of acts, justice of criminal prosecution, justice of differentiation of responsibility, justice of the appointment and implementation of punishment and other measures of a criminal law nature. In modern conditions, the establishment in the law of criteria for the imposition of fair punishment acts as a kind of guarantee for the observance of the rights of perpetrators and victims. The legislator provides for three such criteria: the correspondence of the punishment imposed to the nature and degree of public danger of the committed criminal assault; compliance of the punishment with the circumstances of the commission of the criminal offense and compliance of the punishment with the identity of the perpetrator. The principle of justice in the text of the criminal law is not fully disclosed by the legislator, since its legislative structure is aimed only at protecting the rights of a person who has committed a criminal offense, but who has not suffered from a crime.



### Keywords

justice; punishment; criminal law; criminal; appointment of punishment; criminal legislation; restitution of damage.

**For citation:** Mamedova F.F. (2020) Justice in Criminal Law: Current Status of the Issue. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 148–168 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.148.168



### References

Beccaria C. (1995) *On crimes and punishments*. Moscow: Stels, 304 p. (in Russian)

Barbeshkina Z.A. (1983) *Equity as a social philosophical category*. Moscow: Mysl', 203 p. (in Russian)

Berner A.F. (1865) *Criminal law*. Saint Petersburg: Tiblen, 940 p. (in Russian)

Boronbekov S. (1997) Place and role of social equity. *Issues of theory of criminal law and entrepreneurship. Collection of papers*. Krasnoyarsk: Higher School of Internal Ministry, pp 48–59 (in Russian)

Davidovich V.E. (1989) *Social equity: ideal and principles*. Moscow: Politizdat, 255 p. (in Russian)

Demidov Yu.A. (1968) Principles of Soviet criminal law developments. *Pravovedenie*, no 2, pp. 78–85 (in Russian).

Ekimov A.I. (1980) *Equity and socialist law*. Leningrad: University, 120 p. (in Russian)

Il'icyov L.F., Fedoseev P.N., Kovalyov S.M., Panov V.G. (1983) *Philosophical encyclopedic dictionary*. Moscow: Sovetskaya entsiklopaediya, 840 p. (in Russian)

Karamashev S.B. (2004) Restorartion of justice as aim of criminal punishment. Candidate of Juridical Sciences Summary. Krasnoyarsk, 23 p. (in Russian)

Kelina S.G., Kudryavtseva V.N. (1988) *Principles of Soviet criminal law*. Moscow: Nauka, 176 p. (in Russian)

- Kistyakovskiy B. (2011) Categories of necessity and equity in researching social phenomena. *Ukrainska istoriosofia, Anthology*. Sumy: University, pp. 220–245.
- Klenova T.V. (2001) The fundamentals of codification theory in criminal law norms. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 35 p. (in Russian)
- Kozlov A.P. (1989) *Criminal law sanctions*. Krasnoyarsk: University, 169 p. (in Russian)
- Kruglikov L.L. (1979) *Alleviating and attenuating circumstances in Soviet criminal law*. Yaroslavl: University, 90 p. (in Russian)
- Kuznetsova N.F., Tyazhkova I.M. (eds.) (2002) *The criminal law. Theory of crime*. Moscow: Zertsalo, 592 p. (in Russian)
- Lastochkina R.N. (1983) Gross injustice of punishment as a basis to cancel or modify sentence. Candidate of Juridical Sciences Summary Kazan, 16 p. (in Russian)
- Lopashenko N.A. (1989) *Principles of codifying criminal law norms*. Saratov: University, 96 p. (in Russian)
- Loskiy N.O. (1991) *History of Russian philosophy*. Moscow: Sovetskiy pisatel, 480 p. (in Russian)
- Mal'tsev V.V. (2004) Equity in criminal legislation. *Ugolovnoe pravo*, no 2, pp. 143–147 (in Russian)
- Mal'tsev V.V. (1997) Principles of criminal legislation and menace to the public. *Gosudarstvo i pravo*, no 2, pp. 98–102 (in Russian)
- Mamedov A.A. (2001) Equity as a principle of inflicting punishment. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 19 p. (in Russian)
- Nersesyants V.S. (1996) *History of political and legal theories*. Moscow: Norma, 359 p. (in Russian)
- Stanovskiy M.N. (1999) *Inflicting punishment*. Saint Petersburg, Yuridicheskiy tsentr Press, 480 p. (in Russian)
- Tchuchaev A.I. (1989) *Aims of punishment in Soviet criminal law*. Moscow: Vyuzi Press, 83 p. (in Russian)
- Vavilova L.V., Mukhamedyanov N.O. (1998) Indemnification to the victims of crimes. *Sledovatel'*, no 1, pp. 53–56 (in Russian)
- Veliev S.A. (2004) *Principles of inflicting penalty*. Saint Petersburg: Yuridicheskiy Tsentr press, 388 p. (in Russian)
- Yakovlev A.M. (1962) Studying personality of criminal. *Sovetskoye gosudarstvo i pravo*, no 11, pp. 108–113 (in Russian).



# О соотношении законного интереса и субъективного права налогоплательщика: структурные особенности

---

---



**С.А. Ядрихинский**

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

---



## Аннотация

Предметом исследования являются понятия «законный интерес» и «субъективные права» налогоплательщика. Использование в законодательстве о налогах и сборах этих понятий позволяет предположить отсутствие тождества между ними. Однако следует признать и то, что их отличие не очевидно, что вызывает различного рода научные дискуссии и споры. В результате непонимания существа этих двух дозволений как налогоплательщика, так и правоприменитель не могут в полной мере использовать их потенциал. Автор с использованием сравнительно-правового и других методов, выработанных правовой наукой, поставил цель выявить отличительные особенности законных интересов в сопоставлении с субъективными правами налогоплательщика. Предпринимается попытка опровергнуть традиционные представления о законных интересах как «усеченных правах», гарантированных «в определенной степени». Делается вывод, что законные интересы и субъективные права налогоплательщика в одинаковой степени защищены и обеспечены. Отличие между ними состоит не в наборе правомочий, а в приводном механизме реализации. Притязания налогоплательщиков, выраженные в субъективных правах, наделены эксплицитным признаком. Они понятны обязанной стороне и носят законный характер уже в силу того, что содержатся в законе. Этот характер безусловен и неоспорим. Законный интерес ввиду широкой вариативности и стохастичности, как правило, не имеет нормативного выражения и поэтому нуждается в оценке его законности. Корреспондирующая законному интересу обязанность в должных действиях имплицитна. Она не формализована под каждый случай *ad hoc*, что делает ее нетипичной, а потому затруднительной к восприятию; но главное — она предполагается, а не исключается, также как и не исключается само обязанное лицо. Научный взгляд, исключающий правомочие требования у носителя законного интереса и корреспондирующую этому требованию обязанность противоположной стороны налогового отношения, таит в себе опасность превращения законных интересов налогоплательщика в фантом, так как по сути дает оппонентам неограниченные возможности нарушать эти интересы и чинить препятствия в их реализации.

---



## Ключевые слова

законный интерес; субъективное право; налогоплательщик; налоговый орган; дозволение; притязание; правомочие; юридическая обеспеченность; юридическая обязанность.

---

---

**Для цитирования:** Ядрихинский С.А. О соотношении законного интереса и субъективного права налогоплательщика: структурные особенности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 169–187.

УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.169.187

## Введение

С принятием Налогового кодекса Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ<sup>1</sup> (далее — НК РФ; НК) вводится ранее не использованное законодателем понятие «законные интересы налогоплательщика». При этом по смыслу ст. 22 НК РФ оно обособлено от понятия субъективного права. Если субъективным правам посвящена отдельная статья НК, и в целом им уделяется достаточно внимания учеными и практикующими юристами (о них написано в учебниках финансового и налогового права, проводятся научные конференции и круглые столы), то понятие законных интересов либо совсем не раскрывается, либо находится в тени субъективных прав налогоплательщиков и понимается в большей степени интуитивно. Не дают ориентиров в уяснении данного термина и высшие судебные органы Российской Федерации — Конституционный Суд, Верховный Суд.

Как правило, в нормативных и правоприменительных актах понятие «законные интересы» употребляется в связке с «правами налогоплательщика» через союз «и», что также не проясняет их сути. При этом в судебных актах выражение «права и законные интересы налогоплательщика» стало настолько обыденным, насколько и неосмысленным. Мы видим использование этого оборота даже когда предметом спора являются только субъективные права и законных интересов он не касается. Складывается впечатление, что правоприменитель добавляет «законные интересы» к «правам» для лексической красоты.

Произвольное применение понятия «законные интересы» послужило причиной для заявления ряда ученых о нецелесообразности определения понятие «законный интерес» [Павлова М.С., 2011: 45–48], и даже об их фиктивности, «вымышленном месте в правовой системе» [Черданцев А.Ф., Гунин Д.И., 2013: 12], «внутренней ущербности» тех законов, в текстах которых присутствует термин «законные интересы» [Соловей Ю.П., 2019: 89], с чем невозможно согласиться.

Данное обстоятельство ставит перед финансово-правовой наукой задачу выявить действительный смысл этой важнейшей для налогового права правовой категории и определить правомочия владельца законного интереса.

---

<sup>1</sup> Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 31.

Поскольку законный интерес так же, как и субъективное право, находится в сфере дозволений, то для решения поставленной задачи целесообразно как с теоретической, так и с практической точек зрения провести сравнительно-правовой анализ этих двух категорий.

## **1. Представления о структуре законных интересах и субъективных правах в теории права**

Традиционно отраслевые науки опираются на достижения общей теории права. Не является исключением из этого правила и налоговое право. Вместе с тем теория права не выработала единого мнения по поводу субъективных правомочий законного интереса. Существуют различные научные взгляды: от полного их отрицания до совпадения с правомочиями субъективных прав.

Категоричной выглядит позиция В.В. Груздева. Он считает логически неверным включение в содержание законного интереса каких-либо правомочий, так как «они по определению выступают элементами субъективного права» [Груздев В.В., 2011: 97]. Пожалуй, более жестким может быть только утверждение А.Ф. Черданцева и Д.И. Гунина о невозможности существования законных интересов обособленно от субъективных прав. По мнению ученых, законные интересы — это фикция [Черданцев А.Ф., Гунин Д.И., 2013: 12]. Правда, этот выпад был подвергнут обоснованной критике [Малько А.В., Субочев В.В., 2014: 84 — 98].

Действительно, зачем тогда бы законодатель вплетал в нормативную ткань этот термин? Обходились бы одними субъективными правами. Однако законные интересы появились в научном и практическом обороте не случайно и не искусственно. Они наполнены вполне реальным содержанием. Перечень дозволений в налоговой сфере намного шире указанных в ст. 21 НК РФ субъективных прав. В настоящий момент НК выделяет 16 базовых прав. Но если обратиться к его предшественнику — Закону от 27.12.1991 № 2118-1» Об основах налоговой системы в Российской Федерации», то увидим, что изначально их было всего четыре. Многие сегодняшние права налогоплательщика еще совсем недавно не имели такого статуса и прошли тернистый путь от правомерного притязания (законного интереса) до законодательного признания. Сфера налоговой незапрещенности широка. И чем чаще правоприменитель будет применять к налогоплательщику формулу «разрешено все, что прямо не запрещено законом», тем вероятнее законодатель позитивирует правомерные стремления налогоплательщика.

Подход, отрицающий самостоятельность законных интересов, выглядит упрощенным. Можно согласиться в том, что понятие «законный интерес» не

стоит рассматривать как правовое явление, в полной мере изученное. Тем не менее, законные интересы обладают большим, но во многом не раскрытым регулятивным и правозащитным потенциалом.

Еще профессор Г.Ф. Шершеневич разграничил эти два дозволения, привел примеры проявления законных интересов как самобытного феномена за рамками субъективных прав [Шершеневич Г.Ф., 1910: 603–604, 607–608, 633]. С тех пор в различных отраслях законодательства (кроме финансового) этот термин применялся. Даже в действующей Конституции Российской Федерации понятие «законные интересы» упоминается дважды (ч. 2 ст. 36, ч. 3 ст. 55), что свидетельствует об их значимости.

Другая группа ученых [Витрук Н.В., 1981: 108–109]; [Ромовская З.В., 1983: 77] считает возможным, что носитель законного интереса может действовать определенным образом, требовать определенного поведения от обязанных лиц, органов и учреждений, обращаться за защитой к компетентным государственным и общественным организациям.

Оппоненты (А.В. Малько, В.В. Субочев, Ф.О. Богатырев и др.) считают такую позицию «не вполне обоснованной», полагая, что законный интерес в такой трактовке полностью «сливается» с субъективным правом. Ф.О. Богатырев, в частности, отмечает, что «субъекту интереса не предоставляется мера возможного поведения (которая позволяет требовать должного поведения от обязанных лиц), а лишь возможность защищать нарушенный интерес в рамках охранительного правоотношения» [Богатырев Ф.О., 2002: 39]. В.В. Субочев, рассматривая принципиальные различия между субъективными правами и законными интересами, указывает, что это «абсолютно разные правовые возможности: первые прямо предусматриваются законодателем, реализация вторых всего лишь допускается», и «то, что данная возможность («законный интерес». — С.Я.) гарантируется лишь в определенной степени» [Субочев В.В., 2008: 83].

С позиции общей теории права структура субъективного права включает в себя четыре возможности (правомочия)<sup>2</sup>: 1) возможность определенного поведения самого управомоченного, т.е. право на собственные действия (право поведения); 2) возможность требовать соответствующего поведения от обязанного лица, т.е. право на чужие действия (право притязания); 3) возможность прибегнуть в необходимых случаях к мерам государственного принуждения (право защиты); 4) возможность пользоваться на основе данного права определенным социальным благом (право пользования) [Матузов Н.И., 1972: 115].

---

<sup>2</sup> Существуют и другие точки зрения на структуру субъективного права, см., напр.: [Мотовиловкер Е. Я., 1990: 38].

В отличие от четырех компонентной структуры субъективного права, А.В. Малько и В.В. Субочев выделяют двухэлементную структуру законного интереса, а именно: 1) пользоваться определенным социальным благом; 2) обращаться в некоторых случаях к судебной защите [Малько А.В., Субочев В.В. 2004: 67, 86, 95–98, 154, 163]. Два дополнительных элемента, характерных для субъективного права (во-первых, юридическая возможность действовать, вести себя определенным образом и, во-вторых, требовать соответствующего поведения от других лиц), по мнению ученых, отсутствуют в содержании законных интересов.

А.В. Малько и В.В. Субочев считают, что носитель законного интереса вправе лишь просить, а не требовать. «Требовать соответствующего поведения от других лиц обладатель законного интереса (в отличие от обладателя субъективного права) действительно не может» ... «говорить же о корреспондирующих законным интересам обязанностях других лиц было бы неверно» [Субочев В.В., 2008: 121, 104]. Таким образом, В.В. Субочев, исключая признак «правомочия требовать» или «обязанную сторону» из содержания понятия законные интересы, придает ему атрибутивный характер со знаком минус.

Квалифицирующим признаком концептуального разграничения «законного интереса» и «субъективного права», по мнению уважаемых ученых, является юридическая обязанность участника правоотношений. Это позволило А.В. Малько и В.В. Субочеву назвать законный интерес «усеченным правом» или «усеченной правовой возможностью» [Малько А.В., Субочев В.В., 2004: 96].

Данная позиция не нова. На это указывали еще дореволюционные ученые. Так, еще Н.М. Коркунов обращал внимание на то, что «обусловленностью соответствующей обязанностью правомочие, прежде всего, отличается от простой дозволенности. Конечно, все, на что лицо имеет право, дозволено; но не на все дозволенное оно имеет право, а лишь на то, возможность чего обеспечена установлением соответствующей обязанности» [Коркунов Н.М., 1909: 152]. Здесь мы видим, что ученый описывает юридическую конструкцию, по своим существенным признакам близкую к законным интересам. Простая юридическая дозволенность без корреспондирующей ей обязанности очень напоминает «законный интерес» в интерпретации А.В. Малько и В.В. Субочева.

Хрестоматийный пример данного свойства приводил Г.Ф. Шершеневич. Он писал, что «...наличность интереса еще не создает права. Жена, требующая от мужа содержания, весьма заинтересована в том, чтобы муж ее исправно получал причитающееся ему от фабриканта жалованье, но сама она ничего от фабриканта требовать не может» [Шершеневич Г.Ф., 1912: 607].

Позиция А.В. Малько и В.В. Субочева сейчас доминирует, она находит поддержку у большинства отечественных ученых. Однако это вовсе не означает, что господствующая точка зрения является абсолютно правильной.

## **2. Предпосылки изменения классической концепции**

В описанной выше казалось бы безупречной с формальной точки зрения позиции есть слабые места, делающие ее уязвимой. Это заставляет сомневаться в ее обоснованности хотя бы в части налоговых отношений.

По смыслу абз. 1 п. 1 ст. 22 НК РФ законодатель предусмотрел одинаковый охранительный режим как для субъективных прав, так и для законных интересов налогоплательщиков, что не позволяет дифференцировать обеспечительный механизм. Из содержания вышеуказанной статьи вовсе не следует, что законный интерес гарантируется лишь «в определенной степени», а налогоплательщик-носитель законного интереса может обращаться только «в некоторых случаях к защите этого интереса» [Малько А.В., Субочев В.В. 2004: 73]. Речь идет о полноценных гарантиях всех случаев обращения к такой защите.

Поскольку интересы налогоплательщика, возведенные в ранг законных, гарантируются государством в полной мере, то, значит, они обеспечены соответствующими обязанностями должностных лиц. Поэтому лексический оборот «в определенной степени гарантированные»<sup>3</sup> применительно к законным интересам налогоплательщика представляется достаточно спорным. «Определенная степень» делает гарантирование неконкретным, декларативным; гарантии превращаются в «недогарантии», «полумеры». Абстрактное гарантирование трудно назвать действенным и полезным для налогоплательщика. Такой подход малопродуктивен в практическом плане. Он затрудняет объяснение механизма защиты законного интереса и дает чиновникам простор для злоупотреблений, поскольку «определенная степень» гарантирования остается неопределенной. У налогоплательщика остается без ответа вопрос: «При помощи каких обеспечительных правовых средств его интерес будет удовлетворен?» Неполющенность «гарантий в определенной степени» не образует понуждения или иных стимулов к должному поведению у противоположной стороны налогового правоотношения.

Восприятие устоявшейся позиции позволяет прийти к неверному выводу, что законные притязания налогоплательщика исполнять не обязательно. Ведь если есть определенная степень гарантирования на одной стороне, то

---

<sup>3</sup> Сначала А.В. Малько, затем В.В. Субочев, а потом и последующие исследователи законных интересов неустанно, как священную мантру, применяют этот лексический оборот.

по другую сторону найдется степень негарантирования, на которую всегда можно сослаться. В результате получаем, что законному интересу отводится роль ни к чему не обязывающей просьбы вместо требования. Все это дало нам основания поставить под сомнение традиционный взгляд на гарантии и роль юридической обязанности в обеспечении законных интересов налогоплательщиков и предложить новую научную парадигму.

Следование сложившейся концепции порождает неопределенность в судебной защите налогоплательщиков. Отечественные ученые говорят не обо всех случаях судебной защиты, а лишь о некоторых и «степенной» гарантированности законных интересов. Такая избирательность вызывает обоснованное сомнение. Она дезориентирует как налогоплательщика, так и правоприменителя (суды, налоговые органы). Остается непонятным критерий избирательности защиты законных интересов: в каких «некоторых» случаях лицо может обращаться за судебной защитой, а в каких не может?

Семантика термина «гарантия» (от фр. *garantie* — обеспечивать, ручаться) состоит в достижении желаемого результата; гарантировать — значит обеспечить осуществление чего-либо реально (фактически). Гарантии призваны добавлять уверенности налогоплательщику в реализации его законного интереса.

Интересы, противоречащие закону, не подлежат юридической защите. Так, в сферу правовой защиты не попадает стремление извлечь необоснованную налоговую выгоду<sup>4</sup>.

По нашему мнению, налогоплательщик вправе обращаться за судебной защитой своих, как он считает, законных интересов во всех (а не в некоторых) случаях без ограничений. По крайней мере, такой вывод следует из закона (п. 3 ч. 1 ст. 193, п. 3 ч. 1 ст. 199 Административно-процессуального кодекса Российской Федерации). Право на обращение в суд за защитой законных интересов обусловлено только *мнением заявителя*.

Не дают ответа ученые и на вопрос: «Что же противостоит (если не обязанность других лиц) законному интересу?» Тем более если учесть, что он находится в сфере дозволенного. И на чем основывается тогда возможность обращения к судебной защите, если на противоположной стороне, по мнению ученых, нет обязанной стороны? Не лишается ли в таком случае законный интерес качества защитоспособности?

Известно, что сила действия равна по модулю силе противодействия и противоположна ей по направлению. Они уравнивают друг друга. Как субъективное право и субъективная обязанность выступают взаимными

<sup>4</sup> См. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» // Вестник ВАС РФ. 2006. № 12.

уравновешивающими силами в правоотношении, так и законный интерес налогоплательщика должен иметь уравновешивающую силу. Поэтому необходимо конкретизировать исследуемую конструкцию в части природы той силы, которая уравновешивает в данном случае законный интерес налогоплательщика.

В доктрине отмечено, что отличительная черта субъективного права — референтность (от лат. *re ferens* — сообщающий) — состоит в том, что субъективному праву всегда противостоит юридическая обязанность, а в совокупности право и обязанность образуют правоотношение. Известный цивилист В.А. Белов сравнивает субъективное право и юридическую обязанность с двумя сторонами одной медали, причем первая, по выражению ученого, сконструирована (определена) так, что не может быть мыслима без второй. Отчеканив медаль хотя бы с одной стороны, мы неизбежно создаем и сторону оборотную, хотя бы она и оставалась свободной от чеканки [Белов В.А., 2007: 50].

Действительно, в соответствии со ст. 22 НК субъективные права налогоплательщиков обеспечиваются корреспондирующими им обязанностями налоговых органов и их должностных лиц. Основной перечень прав налогоплательщиков законодатель закрепил в ст. 21 НК; обязанности налоговых органов установлены в его ст. 32, а их должностных лиц — в ст. 33. Так, праву налогоплательщика бесплатно получать налоговозначимую информацию (пп. 1 п. 1 ст. 21) корреспондирует обязанность должностных лиц налогового органа бесплатно информировать налогоплательщиков (пп. 4 п. 1 ст. 32); праву получать копии акта налоговой проверки и решений налоговых органов, а также налоговые уведомления и требования об уплате налогов (пп. 9 п. 1 ст. 21) соответствует обязанность должностных лиц налогового органа направлять налогоплательщику указанные документы (пп. 9 п. 1 ст. 32) и т.д. Более того, в законе написано<sup>5</sup>, что неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по обеспечению прав налогоплательщиков влечет соответствующую юридическую ответственность (абз. 2 п. 2 ст. 22).

Законные интересы налогоплательщиков не наделены аналогичным обеспечительным механизмом. Буквальное толкование ст. 22 НК РФ позволяет заключить, что законному интересу налогоплательщика юридическая обязанность налогового органа не противостоит. Отсутствие прямого нормативного закрепления порождает у обывателя иллюзорное представление, что обязанность и вовсе не существует. А раз так, то удовлетворение законных притязаний налогоплательщиков становится в зависимость от усмотрения должностных лиц налоговых органов.

---

<sup>5</sup> Написанное в данном случае не означает, что система юридической ответственности должностных лиц налогового органа сложилась. Подробнее см.: [Кузнецов В.П., 2010: 14–18].



Вместе с тем положения ст. 22 НК говорят совсем об обратном. На налоговый орган также возложена обязанность обеспечивать законные интересы налогоплательщика. Такой вывод следует из абзаца 1 п. 1 ст. 22 НК, где в одном ряду с субъективными правами декларируется, в том числе, и административная гарантия защиты законных интересов налогоплательщиков.

Зададимся вопросом: защиты от кого? Прежде всего от того, кто может нарушить эти интересы — налогового органа.

Субъективное право, как наиболее разработанное правовое средство реализации интересов налогоплательщиков, всегда выражено в нормативном акте. Это отличие субъективного права от законного интереса А.В. Демин назвал главным [Демин А.В., 2009: 52]. Действительно, перечень субъективных прав закреплен ст. 21 НК и по смыслу п. 2 ст. 21 ограничивается отраслевыми рамками НК и актами законодательства о налогах и сборах.

По этой причине возможные притязания налогоплательщика заранее известны налоговому органу, они уже получили юридическое одобрение со стороны законодателя (мера поведения определена), и, как следствие этого, безусловно обеспечиваются обязанностями налогового органа. Субъективное право представляет собой признанный законом интерес, он очевиден для всех сторон, включая суд, в силу его формализации — интерес обозначен в тексте закона в самом субъективном праве и не требует дополнительного признания. Этого нельзя сказать о законном интересе, нуждающемся в дополнительном юридическом одобрении со стороны правоприменителя — *санкционировании*.

Правопритязательная сила интересов налогоплательщика, не возведенных в ранг субъективных прав, не так очевидна правоприменителю, как в случае с субъективными правами, поскольку они не получили аналогичного закрепления в законе: вид, мера и объем дозволенного поведения не определены. Для налогового органа зарождающийся в сознании налогоплательщика интерес к обладанию благами в налоговой сфере всегда скрыт (внешняя сторона интереса). Обнаруживается он моментом своего обозначения налогоплательщиком, выражения им заинтересованности в обладании тем или иным благом. Законными они представляются пока что только в сознании налогоплательщика (внутренняя сторона интереса). Но этого недостаточно для их реализации. Для налогового органа или суда ранг законного такие интересы не приобретают автоматически. Они нуждаются в правой оценке компетентного органа на предмет их законности (правомерности). Следствием юридической оценки будет являться правовая приемлемость или неприемлемость фактического интереса. Во втором случае правоприменитель откажет налогоплательщику в признании его стремления законным. Ранее это нам позволило выделить две стороны законного интереса: внутреннюю и внешнюю.

Законность интересов налогоплательщиков зависит не столько от нормативной дозволенности притязать на определенные блага, сколько от их правовой обоснованности, убедительности и, как следствие, признания компетентным органом. В противном случае фактический интерес будет воспринят без добавления прилагательного «законный».

Сходная позиция обнаруживается и в зарубежной юридической науке.

В 2012 году, выступая на международной конференции, организованной юридическим факультетом МГУ, итальянский профессор Г. Манжионе отметила, что законный интерес (итал. *«interesse legítimo»*) в отличие от субъективного права не отличается безусловностью, самостоятельностью и требует для своей действительности дополнительного административного признания или решения властных органов [Манжионе Г., 2012].

Таким образом, и «правомочие требовать», и наличие «обязанной стороны», и «гарантированность» являются *сущностными характеристиками* законного интереса, т. е. недопустимо говорить о степени гарантирования (большей или меньшей) соответствующего законного интереса. Более правильно утверждение, что и законным интересам, и субъективным правам обеспечивается (гарантируется) защита в равной степени.

### **3. Новый взгляд на структуру законного интереса**

Отличие субъективного права от законного интереса видится не в различной степени дозволенности или гарантированности, а в следующих двух взаимосвязанных моментах:

необходимость признания за интересом налогоплательщика законного качества соответствующим компетентным органом. Субъективное право — безусловная юридическая возможность налогоплательщика. Оно не нуждается в дополнительном подтверждении или опровержении. Законный интерес — требование налогоплательщика, как правило, обусловленное административной или судебной проверкой. «Субъективное право, — пишет В.В. Субочев, — это то, что непосредственно гарантируется государством в лице его компетентных органов, а законный интерес — это явление, от права производное...» [Субочев В.В., 2014: 45];

латентный (неявный) характер обязанности противоположной стороны отношения по содействию притязанию носителя интереса. Обязанность налогового органа, существующая в действительности, не всегда воспринимается как таковая должностными лицами в конкретной ситуации. В формальном выражении она скрыта, замаскирована, а потому не очевидна изначально, поскольку и законный характер притязания налогоплательщика изначально обусловлен чисто субъективными соображениями последнего:

закон всего лишь дает правовую возможность налогоплательщику, но не обязывает его ей воспользоваться<sup>6</sup>.

Форма изложения обязанности не всегда может быть прямой (в тексте самого акта); она может существовать в неявном виде и выводиться казуистически. По замечанию А.В. Демина, порой требуются логические усилия, чтобы идентифицировать норму: управомочивающая она или обязывающая. Данный исследователь наглядно продемонстрировал «маскирование» обязанности в конструкции субъективного права на примере использования налоговых льгот (пп. 3 п. 1 ст. 21; п. 2 ст. 56 НК): «... нормы, устанавливающие налоговые льготы, отказ от реализации которых Законом не допускается, носят обязывающий характер, и осуществление таких льгот трансформируется в позитивную обязанность налогоплательщика» [Демин А.В., 2010: 154–155].

Обязанность налогового органа, корреспондирующая законному интересу налогоплательщика, не имеет модальной формы («должен», «обязан», «следует», «необходимо» и др.); она не содержит в законе текстуального закрепления, указывающего на необходимость совершения соответствующих действий именно в этом случае. Поэтому в запрашиваемой налогоплательщиком модели должного поведения должностных лиц налогового органа у последних создается видимость вариативности собственных действий. «Мы не обязаны действовать так, как требует налогоплательщик, поскольку закон прямо нас не обязал к таким действиям», — это позиция налогового ведомства.

Однако видимость часто бывает обманчива. Квалифицирующим признаком обязанности является юридическая невозможность по своему усмотрению решать, реализовать или нет нормативное предписание. Закон обязал налоговый орган обеспечивать законные интересы налогоплательщика. Это означает, что в каждой возникшей налогово значимой ситуации должностное лицо обязано провести квалификацию запроса налогоплательщика на предмет его правомерности, законности, дать ему юридическую оценку исходя из обстоятельств дела. В ситуации отсутствия опровержения (установления противоправности) оно обязано оказать содействие в реализации этого интереса. Налоговый орган не вправе произвольно воздержаться от совершения требуемого налогоплательщиком действия только лишь потому, что в законе нет прямого императива к действию применительно к этой ситуации. Исполнить обязанность по обеспечению законного интереса налогоплательщика — это не акт доброй воли налогового органа. Здесь нет свободы выбора между «исполнять — не исполнять», поскольку налоговый

<sup>6</sup> Известная сентенция гласит: *Nemo jure suo uti cogitur* (никто не обязан пользоваться своим правом).

орган связан законодательным требованием обеспечить реализацию законного интереса налогоплательщика, гарантировать его защиту (п. 1 ст. 22 НК РФ). Это тот самый случай слияния в поведенческом акте налогового органа возможного и должного.

По смыслу п. 1 ст. 22 НК данное регулирование имеет целью обеспечить одинаковый объем правовых гарантий каждому налогоплательщику в отношении как его субъективных прав, так и законных интересов.

Наделение дискреционными полномочиями налогового органа в любом случае не предполагает произвольного их осуществления. Собственное усмотрение должностных лиц должно быть обоснованным и мотивированным, соответствовать конституционным требованиям справедливости, адекватности, пропорциональности, соразмерности и необходимости для защиты конституционно значимых ценностей.

У законодателя нет не только технико-юридической необходимости, но и возможности в определении содержания тех интересов, которым может быть причинен урон. Норма п. 1 ст. 22 НК в категорической форме установила требуемое (должное) поведение. Уровень абстракции данного императива позволяет распространить его на абсолютно все законные интересы налогоплательщиков. Основной юридический смысл этой нормы сосредоточен на обеспечении достаточных условий реализации притязаний налогоплательщика, гарантировании возможности покрытия потребностей в приобретении необходимых правовых благ.

Отказаться от содействия в претворении в жизнь интереса налогоплательщика налоговый орган может лишь если этот интерес не обладает «законным» качеством. Но этому выводу в любом случае должна предшествовать юридическая оценка интереса, указаны мотивы отказа в его реализации.

Бездействие должностного лица со ссылкой на отсутствие прямой законной обязанности налогового органа действовать так, как просит налогоплательщик, фактически предreshало *бы вопрос* о законности самого интереса, на реализацию которого налогоплательщик претендует, без правовой оценки последнего, что не согласуется с предусмотренной НК РФ гарантией. Ограничения в реализации интересов налогоплательщиков могут быть установлены в конституционно значимых целях только федеральным законом (ст. 55 Конституции), но не могут следовать из умолчания должностных лиц и самого закона.

Обязанность налогового органа — проверить притязания налогоплательщика на предмет правомерности и дать мотивированный ответ обусловлена задачей защиты законных интересов налогоплательщиков. Именно налоговый орган как компетентный орган обязан устранить неопределенность в статусе интереса налогоплательщика юридической квалификацией. Мотивы отказа в каждом случае должны быть доведены до сведения налогоплатель-

щика. Несогласие налогоплательщика с выводами налогового органа будет порождать право на судебную защиту законного интереса.

Таким образом, корреспондирующая субъективному интересу налогоплательщика юридическая обязанность налогового органа носит усложненный характер: сначала проверить законность или юридическую приемлемость интереса, затем содействовать его реализации.

Эта обязанность с открытым содержанием; конкретным смыслом она наполняется в связи с фактическим притязанием налогоплательщика, в зависимости от обстоятельств дела. Следует также признать, что такой казуистический подход («с учетом конкретных обстоятельств») не делает обязанность должностных лиц настолько неопределенной, чтобы это выступило препятствием в оценке стремлений налогоплательщика и применении правоприменительным органом соответствующей нормы права. Можно говорить об ее относительно-определенной природе. Обязанность налогового органа актуализируется, как только налогоплательщик обозначил свои интересы, а те, в свою очередь, приобрели качество законности.

Относительно-определенный характер обязанности не должен отпугивать обывателя. А.В. Демин убедительно доказал, что «грамотное использование относительно-определенных средств с открытым содержанием направлено на противодействие произволу и снижению общего уровня неопределенности в налоговом праве» [Демин А.В., 2012: 6].

«Парадоксальная диалектика современного правопонимания, — указывает А.В. Демин, — состоит в том, что тенденция на расширенное использование в процессах правообразования относительно-определенных элементов и вовлечение в него массовых субъектов, с одной стороны, повышает общий уровень правовой неопределенности, но с другой — позволяет сделать налоговое право более гибким и адекватным скоротечно меняющимся реалиям современной жизни» [Демин А.В., 2012: 9].

С учетом вышесказанного утверждение В.В. Субочева, А.В. Малько и др., что законные интересы и субъективные права гарантируются в разной степени, при всем к ним уважении, по крайней мере, спорно для налоговых отношений. Оно может быть верным для частноправовых отношений, основанных на принципах диспозитивности, юридического равенства сторон, автономии воли участников правоотношений, но с ним трудно согласиться в части публично-правовых отношений.

Усомнимся мы и в истинности посылки о двухкомпонентной структуре законного интереса: пользоваться благом, обращаться к судебной защите. Обращение за судебной защитой законных интересов — это разве не требование соответствующего поведения от других лиц? Если развернуть компонент «обращаться в некоторых случаях к судебной защите» под другим углом, то увидим, что он включает в себя возможность требовать у суда при-

нудительной реализации законного интереса. Иначе с какой целью носитель интереса обращается в суд? Очевидно, чтобы понудить обязанное лицо к правомерному обязательному поведению.

Если бы носитель интереса был бы лишен возможности требовать соответствующего поведения от налогового органа, то откуда появилась бы у него такая возможность «требовать» совершения этих действий со стороны обязанных лиц через суд? Да и суд может удовлетворить иски заявителя, только если они обоснованы и правомерны.

Очевидно из ст. 22 НК, что и законные интересы также гарантируются государством в лице его компетентных органов. Закон предоставляет носителю законного интереса юридическую возможность прибегнуть к его защите, не сужая при этом объема его правомочий. Признание интереса законным и защита его возможны только там, где носитель этого интереса наделен способностью прибегнуть к принудительной его реализации. В противном случае право на защиту интереса налогоплательщика просто теряет смысл, становясь из грозного оружия своеобразным «тупым мечом»; сам законный интерес «превращается в смутную надежду», а «заинтересованный субъект — в абстрактного мечтателя» [Мотовиловкер Е. Я., 2003: 56]. Законный интерес либо имеет конкретное содержание, либо его нет.

Поэтому следует признать, что правомочие на собственные положительные действия носителя законного интереса находится в неразрывном единстве с правомочием требования. Обратный подход посягал бы на само существо законного интереса, приводил бы к утрате («выхолащиванию») его содержания.

Одна из проблем в исследовании законных интересов заключается в определении причин, обуславливающих существование законных интересов, не опосредованных нормами права и не нашедших выражения в виде субъективных прав. В теории права выделяют несколько таких причин, одна из которых количественная (вариативная). Количественная причина в теории права объясняется тем, что не все интересы, могут быть опосредованы юридическими нормами в силу их многообразия. Так, Г.В. Мальцев отмечал, что «если бы право выражало и регламентировало все интересы личности в особых нормах и правах, то оно представляло бы собой чрезвычайно сложную, необозримую и малопригодную для практических целей систему» [Мальцев Г.В., 1968: 134].

С этим утверждением трудно спорить. Жизнь намного разнообразнее любой нормативной модели. В Древнем Риме говорили: «*Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus comprehendis*»<sup>7</sup>. Интересы налогоплательщиков действительно многообразны; большинство из них не формализовано и су-

---

<sup>7</sup> Нельзя объять законами все отдельные случаи.

ществует за рамками законодательства о налогах и сборах. Однако, на наш взгляд, основополагающая причина неопосредования законных интересов нормами права лежит не в обилии вариантов стремлений налогоплательщиков, а в отсутствии возможности их заранее предусмотреть и законодательно закрепить. Этой же причиной объясняется отсутствие соответствующих обязанностей должностных лиц налогового органа.

Административная гарантия означает, что должностные лица обязаны не только учитывать законные интересы и уважительно к ним относиться (само по себе уважительное отношение к потребности налогоплательщика ничего для него не решает, пока к нему не прибавляется волевой компонент налогового органа), но и действиями обеспечивать их реализацию. Это, в свою очередь, предполагает полномочие налогоплательщика не только на собственные активные действия (для абсолютной модели правоотношения), но и на требование (не просьбу!) соответствующего поведения налогового органа. Просьба налогоплательщика по своей содержательной настоятельности превращается в требование.

Примечательно, что термин «требование» во всех толковых словарях раскрывается через «просьбу»; только эта просьба носит повелительный характер, пожелание, выраженное как приказание, притязание, заявление, официальная просьба об удовлетворении какой-нибудь потребности. Да и сами материально-правовые требования в исковом заявлении (заявлении) как правило начинаются со слов «прошу суд». Мы просим, но ведь на деле требуем.

## **Заключение**

Законный интерес налогоплательщика является самобытным правовым явлением наряду с субъективными правами и обеспечивается как административной, так и судебной защитой. Уровень защищенности законных интересов налогоплательщиков и субъективных прав так же, как и набор полномочий их владельцев, одинаковый, поэтому нет необходимости выделять для первых отличительную и тем более — заниженную «степень гарантирования». Под законным интересом налогоплательщика следует понимать социально определенное и юридически обеспеченное государством правовое дозволение, выражающееся в правомерных стремлениях налогоплательщика извлекать обоснованную налоговую выгоду или пользоваться иным благом в сфере налоговых отношений в целях покрытия объективно необходимых потребностей, обусловленных статусом налогоплательщика.

Отдавая должное исследованиям А.В. Малько и В.В. Субочева, мы вынуждены поставить под сомнение универсальность критерия, предложен-

ного данными учеными для разграничения субъективных прав и законных интересов применительно к налоговым отношениям.

Стремление налогоплательщика к обладанию благом, выражающее суть законного интереса, есть определенное притязание, *требование к должному*, адресованное противоположной стороне — налоговому органу, юридически обязательное для нее. Отсюда налогоплательщики — носители законного интереса — вправе требовать (не просить!) определенного поведения от обязанных лиц: совершать или, наоборот, не совершать конкретных действий.

И «правомочие требовать», и «обязанную сторону» следует рассматривать в качестве безусловного атрибута законного интереса налогоплательщика. Именно за налоговыми органами, как стороной обязанной, закрепляется роль приводного механизма в реализации законных интересов налогоплательщиков. Данная обязанность сложно структурирована и состоит в юридической оценке интереса налогоплательщика на предмет его законности (непротиворечия закону и т.д.) и содействию в осуществлении этого интереса в случаях его правомерности. Вопрос идентификации законности интереса решается *ad hoc* в каждой отдельно взятой ситуации в силу сложившихся обстоятельств. Налоговый орган не может произвольно отказать от этих действий (оценки и содействия) в силу возложенной на него законом обеспечительной функции (абз. 1 п. 1 ст. 22 НК РФ). Иное понимание законных интересов налогоплательщика создает искусственные препятствия в их реализации и формирует риски неограниченных злоупотреблений налоговых органов и их должностных лиц.



## Библиография

Белов В.А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий / Объекты гражданского оборота. Сборник статей. М.: Статут, 2007. С. 6–77.

Богатырев Ф.О. Интерес в гражданском праве // Журнал российского права. 2002. № 2. С. 33–43.

Витрук Н.В. Система прав личности / Права личности в социалистическом обществе. Сборник статей. М.: Наука, 1981. 272 с.

Груздев В.В. Охраняемый законом интерес как объект гражданско-правовой защиты // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 10. С. 92–97.

Демин А.В. Нормы налогового права.: Красноярск: Сибирский федеральный университет, 2010. 410 с.

Демин А.В. Метод налогового права: универсальные средства и отраслевые особенности // Финансовое право. 2009. № 3. С. 43–53.

Демин А.В. Относительно-определенные средства в системе налогово-правового регулирования: тенденции и перспективы // Финансовое право. 2012. N 1. С. 6–9.



Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб.: Мартынов, 1909. 364 с.

Кузнецов В.П. О мнимости положений абзаца второго пункта 2 статьи 22 Налогового кодекса // *Налоги и налогообложение*. 2010. № 1. С. 14–18.

Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. 359 с.

Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы в правовой жизни общества: актуальные вопросы теории и практики // *Правоведение*. 2014. № 2. С. 84–98.

Мальцев Г.В. Социалистическое право и свобода личности (Теоретические вопросы). М.: Юрид. лит., 1968. 143 с.

Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия: теоретические проблемы субъективного права. Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1972. 292 с.

Мотовиловкер Е.Я. Интерес как сущностный момент субъективного права (цивилистический аспект) // *Правоведение*. 2003. № 4. С. 52–62.

Павлова М.С. Законный интерес как предмет судебной защиты по делам об оспаривании решений, действий (бездействия) органов власти // *Законодательство и экономика*. 2011. № 3. С. 45–48.

Ромовская З.В. Судебная защита охраняемого законом интереса // *Вестник Львовского университета*. 1983. Вып. 22. С. 74–81.

Соловей Ю.П. Дискреционный характер административного акта как обстоятельство, исключающее судебную проверку его законности // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2019. № 4. С. 72–99.

Субочев В.В. Законные интересы. М.: Норма, 2008. 496 с.

Черданцев А.Ф., Гунин Д.И. Интересы законные, противозаконные и незаконные // *Российское правосудие*. 2013. № 7. С. 12–21.

Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1910. 805 с.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1**

### **About Ratio of Legitimate Interest and Subjective Rights of a Taxpayer: Structural Features**



**Sergey A. Yadrikhinskiy**

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



#### **Abstract**

The subject of the research is the concept of «legitimate interest» and «subjective rights» of the taxpayer. The use of these concepts in the legislation on taxes and fees suggests that there is no identity between them. However, it should be recognized that their difference due to the presence of a kinship relationship is not obvious, which causes various kinds of scholar discussions and disputes. As a result of a lack of understanding of the substance of these two permits, both taxpayers and the law enforcement officer cannot fully use their potential. The author uses comparative legal and other methods developed by

legal science to identify the distinctive features of legitimate interests in comparison with the subjective rights of the taxpayer. An attempt is being made to refute traditional notions of legitimate interests as «truncated rights» guaranteed «to some extent». It is concluded that the legitimate interests and subjective rights of the taxpayer are equally protected and secured. The difference between them is not in the set of powers, but in the driving mechanism of implementation. Taxpayers' claims, expressed in subjective rights, are endowed with an explicit trait. They are understandable to the obligated party and are legal by virtue of what is contained in the law. This character is unconditional and indisputable. The legitimate interest in view of the wide variability, as a rule, does not have a normative expression and therefore needs to be assessed its legality. Therefore the duty in due course of action, corresponding to the legitimate interest is implicit. It is not formalized for each *ad hoc* case, which makes it somewhat atypical, and therefore difficult to perceive; but most importantly, it is assumed to, and not excluded, also as it is not excluded itself an obligated person. The content of the tax authority's duty is open and requires taking into account both the taxpayer's claims and other factors that influence the decision-making (factual circumstances, public interests, requirements of justice, etc.). The interest of the taxpayer will acquire legal force (the status of «legitimate») from the moment of its approval, a positive assessment by its competent authority. The view excluding the competence of the requirements of the bearer of legitimate interest and corresponding to this requirement duty of the opposite side of the tax relationship carries the risk of turning the legitimate interests of the taxpayer into a phantom, as, in fact, it gives unlimited opportunities to opponents to violate these interests and obstruct their implementation.



### Keywords

legitimate interest; subjective right; taxpayer; tax authority; permission; claim; entitlement; legal security; legal duty.

**For citation:** Yadrikhinsky S.A. (2020) About Ratio of Legitimate Interest and Subjective Rights of Taxpayer: Structural Features. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 169–187 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.169.187



### References

Belov V.A. (2007) The object of subjective civil law, the object of civil relations and the object of civil turnover: the content and the ratio of concepts. Rozhkov M.A. (ed.) *Objects of the Civil Turnover*. Moscow: Statut, pp. 6–77 (in Russian)

Bogatyrev F.O. (2002) Interest in civil law. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 2, pp. 33–43 (in Russian)

Cherdantsev A.F., Gunin D.I. (2013) Interests are legal, non-legal and illegal. *Rossiiskoe pravosudie*, no 7, pp. 12–21 (in Russian)

Demin A.V. (2009) Method of tax law: the universal tools and specific features. *Finansovoe pravo*, no 3, pp. 43–53 (in Russian)

Demin A.V. (2012) Relatively certain means in the system of tax and legal regulation: trends and prospects. *Finansovoe pravo*, no 1, pp. 6–9 (in Russian)

Demin A.V. (2010) *The rules of tax law*. Krasnoyarsk: Siberian Federal University, 410 p. (in Russian)

- Gruzdev V.V. (2011) Protected by law interest as an object of civil protection. *Zakony Ros-sii: opyt, analiz, praktika*, no 10, pp. 92–97 (in Russian)
- Korkunov N.M. (1909) *Lectures on general theory of law*. Saint Petersburg: Martynov, 364 p. (in Russian)
- Kuznetsov V.P. (2010) On the imaginary provisions of article 22 of Russian Tax Code. *Nalogi i nalogooblozhenie*, no 1, pp. 14–18 (in Russian)
- Malko A.V., Subochev V.V. (2014) Legitimate interests in the legal life of a society. *Pravovedenie*, no 2, pp. 84–98 (in Russian)
- Malko A.V., Subochev V.V. (2004) Legitimate interests as a legal category. Saint Petersburg: Yuridicheskii tsentr Press, 359 p. (in Russian)
- Maltsev G.V. (1968) *Socialist law and individual freedom: theoretical issues*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 143 p. (in Russian)
- Matuzov N.I. (1972) *Personality. Rights. Democracy: theoretical issues of subjective law*. Saratov: University press, 292 p. (in Russian)
- Motovilovker E. Ya. (2003) Interest as a Substantive Feature of Subjective Right. *Pravovedenie*, no 4, pp. 52–62 (in Russian)
- Pavlova M. S. (2011) Legitimate interest as a subject of judicial protection in cases of challenging decisions, actions (inaction) of authorities. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 3, pp. 45–48 (in Russian)
- Romovska Z.V. (1983) Judicial protection of legally protected interest. *Vestnik L'vovskogo universiteta*, vol. 22, pp. 74–81 (in Russian)
- Shershenevich G.F. (1910) *General theory of law*. Moscow: Bashmakov Brothers, 805 p. (in Russian)
- Solovey Y.P. (2019) Discretionary Nature of Administrative Act as a Circumstance Precluding Judicial Review of its Legality. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 72–99 (in Russian)
- Subochev V.V., Malko A.V. (2008) *Legitimate interests*. Moscow: Norma, 496 p. (in Russian)
- Vitruk N. V. (1981) *Rights of the individual in a socialist society*. Moscow: Nauka, 272 p. (in Russian)

# Предупреждение девиаций в цифровом мире уголовно- правовыми средствами

---



## **Ю.В. Грачева**

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



## **С.В. Маликов**

старший преподаватель кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, Садовая-Кудринская ул., 9. E-mail: s.v.malikov@yandex.ru



## **А.И. Чучаев**

профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, Садовая-Кудринская ул., 9. E-mail: moksha1@rambler.ru

---



## **Аннотация**

Любой прогресс оказывает как положительное влияние на развитие общества, так и порождает риски причинения вреда общественным отношениям, часть из которых являются криминальными. Предметом исследования выступают новые технологии, которые могут быть использованы для причинения вреда охраняемым уголовным законом общественным отношениям. Целями работы являются определение механизма нарушения общественных отношений путем применения новых технологий и разработка адекватных уголовно-правовых мер по предотвращению девиаций в цифровом мире. Применены общенаучные (диалектический, логический, системный) и специально-юридические (сравнительно-правовой, формально-юридический, юридического моделирования) методы. Одной из популярных техник социальной инженерии выступает фишинг, целью которого является получение доступа к конфиденциальным данным пользователей — логинам и паролям. Совершение хищения чужого имущества с использованием полученной конфиденциальной информации влечет уголовную ответственности по п. «Г» ч. 3 ст. 158 УК РФ. Фишинговые письма, как правило, содержат различного рода программы (трояны). Эти программы используются виновным, во-первых, при хищении денежных средств, например путем предоставления через удаленный доступ к управлению банковским счетом потерпевшего и т.д. Во-вторых, указанные программы применяются при вымогательстве имущества потерпевшего под угрозой уничтожения информации, хранящейся на компьютере. Подобные деяния могут быть квалифицированы только по совокупности ст. 272 и 273 УК РФ. Статью 163 УК РФ необходимо дополнить указанием на такой способ совершения преступления,

как угроза уничтожения информации. Схожими по общественно опасным последствиям для потерпевшего являются DoS-атаки. Рассмотрены пять самых известных кибератак, определен механизм причинения вреда объектам уголовно-правой охраны, который показал необходимость уточнения редакций ст. 272 и 273 УК РФ. Рассмотрены также технология блокчейн и созданная на ее основе криптовалюта, искусственный интеллект и робототехника, определены уголовно-правовые риски и предложены оценки вреда в случае его причинения. Изменение гражданско-правового регулирования общественных отношений, возникающих в связи с рассмотренными новыми технологиями, может привести и к изменению уголовно-правовой оценки преступления, совершаемого с их использованием.



### Ключевые слова

девиации, цифровой мир, уголовно-правовые риски, социальная инженерия, DoS-атаки, мошенничество, искусственный интеллект, роботизация, уголовная ответственность, блокчейн.

**Благодарности:** Публикация подготовлена при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16158.

**Для цитирования:** Грачева Ю.В., Маликов С.В., Чучаев А.И. Предупреждение девиаций в цифровом мире уголовно-правовыми средствами // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 188–210.

УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.188.210

## Введение

Очередная промышленная революция не только способствует прогрессу, создавая обществу и государству новые возможности, но и порождает ранее не существовавшие способы и инструменты для совершения преступлений, ведет к возникновению новых видов девиаций в цифровом мире. Одним из средств предупреждения подобного поведения являются уголовно-правовые нормы. Внесению соответствующих запретов в Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ) или изменению уже имеющихся норм должно предшествовать выявление угроз охраняемым уголовным законом общественным отношениям, определение механизма причинения им вреда, оценка степени общественной опасности последнего. Если деяние по характеру и степени общественной опасности соответствует преступлению, то вначале необходимо проанализировать Особенную часть УК РФ на наличие соответствующего запрета и актуальности (адекватности) его изложения в уголовном законе, и только при отсутствии нормы дополнить УК РФ новым составом преступления.

Такое исследование возможно лишь на основе общенаучного и специального юридического методов исследования.

## **1. Метод социальной инженерии: криминальные риски**

Значительная часть киберугроз экономике основана на методе *социальной инженерии*, позволяющем получить конфиденциальную информацию для противоправного завладения чужим имуществом. «Все техники социальной инженерии основаны на когнитивных искажениях. Эти ошибки в поведении используются социальными инженерами для создания атак, направленных на получение конфиденциальной информации, часто с согласия самой жертвы.

Одной из популярных техник социальной инженерии выступает *фишинг*, целью которого является получение доступа к конфиденциальным данным пользователей — логинам и паролям. Наиболее традиционным примером фишинговой атаки может служить сообщение, отправленное потерпевшему по электронной почте и подделанное под официальное письмо, например, банка или иной платежной системы, требующие проверки определенной информации или совершения определенных действий; крупной и (или) известной компании, например с поздравлением с победой в каком-либо конкурсе, проводимом компанией, в связи с чем срочно требуется изменить учетные данные или пароль. Все эти письма обычно содержат ссылку на фальшивую веб-страницу, в точности похожую на официальную и содержащую форму, требующую ввести конфиденциальную информацию (номер банковской карты, PIN-код и т.д.)»<sup>1</sup>.

Совершение хищения чужого имущества с использованием таким образом полученной конфиденциальной информации влечет уголовную ответственности за кражу с банковского счета (или кражу, совершенную в отношении электронных денежных средств) по п. «г» ч. 3 ст. 158 УК РФ.

Фишинговые письма могут содержать различного рода программы (трояны), которые загружаются на компьютеры, смартфоны и другие технические устройства жертвы без ее согласия в случае прочтения письма и перехода по указанным в нем ссылкам. Распространенная разновидность такой программы — троян, шпионящий за потерпевшим. Он собирает необходимые сведения и может: а) дать виновному возможность ручного перевода средств с чужого банковского счета (или электронных денежных средств) через удаленный доступ; б) осуществить автозалив (программа, позволяющая во вре-

---

<sup>1</sup> Available at: <https://www.consumer.ftc.gov/articles/howrecognize-and-avoid-phishing-scams> (дата обращения: 1.07.2019)

мя формирования платежного поручения владельцем счета незаметно для него подставить другие реквизиты для перевода денежных средств).

Ответственность за такое хищение будет наступать согласно разъяснениям, содержащимся в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 30. 11. 2017 № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»<sup>2</sup>, по соответствующим частям ст. 159<sup>6</sup> и ст. 272 УК РФ.

Эта рекомендация Пленума непротиворечива. Статья 159<sup>6</sup> УК РФ называется «Мошенничество в сфере компьютерной информации», начало диспозиции нормы повторяет название статьи. Вместе с тем из последней следует, что деяние, изложенное в ней, совершается путем ввода, удаления, блокирования, модификации компьютерной информации либо иного вмешательства в функционирование средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации или информационно-телекоммуникационных сетей. Таким образом, в ней предусмотрен иной способ хищения, не совпадающий с мошенничеством, т.е. предусмотрена форма хищения, которая мошенничеством называться не может. Пленум Верховного Суда также не относит сформулированное в ст. 159<sup>6</sup> УК РФ преступление к мошенничеству, о чем свидетельствует п. 1 названного Постановления. В этом пункте перечислены статьи, в которых предусмотрена ответственность за мошенничество (ст. 158<sup>1</sup>–159<sup>5</sup> УК РФ), среди них нет ст. 159<sup>6</sup> УК РФ. Пленум безусловно прав, так как представить обман или злоупотребление доверием, осуществленный посредством вмешательства в функционирование средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации или информационно-телекоммуникационных сетей, в результате которого потерпевший «добровольно» передает свое имущество, невозможно.

Отчасти можно согласиться с учеными [Болсуновская Л.М., 2016: 15–20]; [Лопашенко Н.А., 2015: 507], которые считают, что в ст. 159<sup>6</sup> УК РФ сформулирован самостоятельный состав хищения, деяние совершается способом, не присущим ни для одной из форм хищения. Но нужно иметь в виду, что статья называется мошенничеством в сфере компьютерной информации. Поэтому считать это преступление самостоятельной формой хищения нельзя, впрочем, как и квалифицировать какое-либо деяние по этой норме невозможно, поскольку таких преступлений нет и быть не может.

Все деяния, которые Пленумом Верховного Суда РФ рекомендовано квалифицировать по ст. 159<sup>6</sup> УК РФ, должны быть оценены по п. «г» ч. 3 ст. 158 УК РФ как кража с банковского счета или совершенная в отношении электронных денежных средств, и по соответствующей части ст. 272 УК РФ. Такая квалификация, с одной стороны, будет соответствовать букве и духу

<sup>2</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 2.

закону, так как имущество изымается тайно, а, с другой стороны, прекратит развернувшуюся после принятия Постановления Пленума Верховного Суда ненужную полемику, во-первых, относительно того, какое преступление изложено в ст. 159<sup>6</sup> УК РФ; во-вторых, по поводу правильности рекомендации о необходимости квалификации мошенничества в сфере компьютерной информации по совокупности с неправомерным доступом к компьютерной информации (ст. 159<sup>6</sup> и 272 УК РФ) [Кибальник А., 2018: 67].

Фишинг используется не только для хищения имущества у клиентов банков и иных частных лиц, но и у самих банков посредством атак на систему межбанковских переводов, карточный процессинг, управление банкоматами, интернет-банкинг, платежные шлюзы и т.д. Сбербанк оценивает ежегодные убытки от кибератак в России в размере около 600 млрд. руб., а во всем мире эта сумма приближается к 1 трлн. долл. США<sup>3</sup>. Типовые схемы подобных атак состоят из пяти этапов:

1) разведка и подготовка: программного обеспечения, фишинговых писем, инфраструктуры, в том числе для отмывания денег и их обналачивания и т.д.;

2) проникновение во внутреннюю сеть банка (эффективным и распространенным методом является фишинговая рассылка электронных писем сотрудникам банка, которая осуществляется как на рабочие, так и на личные адреса);

3) развитие атаки и закрепление в Сети (получив доступ к локальной сети банка, виновным необходимо получить полномочия локального администратора на компьютерах сотрудников и серверах для дальнейшего развития атаки. Успешность последней, как правило, обусловлена недостаточным уровнем защищенности систем от внутреннего нарушения);

4) компрометация банковских систем и хищение денег (основными способами хищений выступают перевод средств на подставные счета через системы межбанковских платежей, перевод денежных средств на криптовалютные кошельки, управление банковскими картами и счетами, управление выдачей наличных средств в банкоматах);

5) сокрытие следов (с целью затруднить расследование принимаются меры для уничтожения следов пребывания в системе. Некоторые виновные, понимая, что следы пребывания в системе все равно остаются, предпочитают полностью выводить из строя узлы Сети. Волна атак вирусов-шифровальщиков, с которой мир столкнулся в 2017 г., была примером того, как легко могут быть уничтожены данные крупной компании. В арсенале хакеров есть модифицированные вирусы, которые распространяются по рабочим станциям Сети и шифруют содержимое жестких дисков. Восстановить

---

<sup>3</sup> Available at: URL: <https://www.ptsecurity.com/upload/corporate/ru-ru/analytics/Banks-attacks-2018-rus.pdf> (дата обращения: 29 — 06 — 019)



зашифрованные данные в большинстве случаев невозможно, в связи с чем банк несет ущерб, вызванный вынужденным простоем бизнес-процессов, который может оказаться гораздо значительнее ущерба непосредственно от хищения денежных средств)<sup>4</sup>.

Подобные действия соответствуют признакам преступления, предусмотренного ст. 158 УК РФ<sup>5</sup> (скорее всего, п. «б» ч. 4 — в особо крупном размере). Кроме того, ответственность должна наступать по ст. 272, 273 УК РФ. Если речь идет о Центробанке, Сбербанке и других крупных банках, то вместо ст. 272 и 273 УК РФ будет вменяться ст. 274<sup>1</sup> УК РФ, так как банки согласно п. 8 ст. 2 Федерального закона от 26.07.2017 № 187-ФЗ «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации»<sup>6</sup> относятся к субъектам критической инфраструктуры.

Другой разновидностью компьютерной программы (трояня), содержащейся в фишинговых письмах, могут быть программы-вымогатели. Эта программа блокирует работу компьютера и требует за восстановление функционирования системы перечислить определенную денежную сумму на счет по указанным реквизитам, например на электронный кошелек. В случае невыполнения требования она угрожает уничтожить информацию, хранящуюся на компьютере. Программы-шифровальщики направлены не на повреждение самих компьютеров или их частей, а на уничтожение находящейся в них информации. Деяния влекут ответственность по совокупности: ч. 2 ст. 272 УК РФ (исходя из корыстной заинтересованности) или ч. 4 ст. 272 УК РФ, если наступили тяжкие последствия либо возникла угроза для их наступления; по соответствующей части ст. 273 УК РФ УК РФ, поскольку создание и использование вредоносных программ не охватывается ст. 272 УК РФ. Ответственность по ст. 273 УК РФ должна наступать независимо от того, само виновное лицо написало вредоносную программу или приобрело уже готовую, поскольку общественно опасное деяние в ст. 273 УК РФ выражено альтернативными действиями: создание, распространение и использование. Изложенная позиция находит подтверждение в судебной практике<sup>7</sup>.

Само требование перечислить денежные средства под угрозой уничтожения информации (базы данных) не может быть квалифицировано по ст. 163 УК РФ, несмотря на то, что оно направлено на завладение чужим имуществом. Вымогательством признается требование передачи чужого имуще-

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Согласно Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 30.11.2017 № 48 по соответствующей части ст. 159<sup>6</sup> УК РФ и по статье, предусматривающей ответственность за компьютерное преступление.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2017. № 31 (ч. I). Ст. 4736.

<sup>7</sup> См., напр.: Апелляционное постановление Московского городского суда от 27.11.2017 по делу № 10-16199/ 2015 // СПС КонсультантПлюс.

ства под угрозой применения насилия либо уничтожения или повреждения чужого имущества, а равно распространения сведений, позорящих потерпевшего, и т.д. Согласно ст. 128 ГК РФ, определяющей объекты вещных прав, к которым относится имущество [Данилов Д., 2018: 37–42], информация и базы данных не относятся к имуществу, но могут в некоторых случаях быть объектом гражданских прав. Отсутствие в ст. 163 УК РФ такого способа совершения преступления, как угроза уничтожения информации, не позволяет дать адекватную уголовно-правовую оценку подобным деяниям и является пробелом, который необходимо устранить путем дополнения ч. 1 ст. 163 УК РФ указанием на эту угрозу.

## **2. DoS или DDoS-атаки (Denial of Service «отказ в обслуживании»): криминальные риски**

Схожими по общественно опасным последствиям являются *DoS-атаки* (Denial of Service — «отказ в обслуживании») — «хакерские атаки на вычислительную систему, приводящие к отказу в обслуживании, т.е. создание таких условий, при которых добросовестные пользователи системы не могут получить доступ к системным ресурсам (серверам), либо этот доступ существенно затрудняется. Если атака выполняется одновременно с большого числа компьютеров, то это DDoS-атака. Она проводится, если требуется вызвать отказ в обслуживании хорошо защищенной компьютерной системы крупной компании или правительственной организации. С помощью DDoS-атак с высокой мощностью можно не только отключить один или несколько сайтов, но и нарушить работу всего сегмента Сети или даже отключить Интернет в малой стране»<sup>8</sup>.

Цели атаки, как правило: установление контроля над системой, поскольку в нештатной ситуации она может выдать критическую информацию (например, версию, часть программного кода и т.д.); блокировка работы системы, обеспечивающей функционирование сервиса (службы), приносящей высокий доход. Мотивы атак: личная неприязнь, развлечение, политический протест, недобросовестная конкуренция, вымогательство или шпионаж<sup>9</sup>.

С уголовно-правовой оценкой подобных действий уже сталкивается судебная практика. Так, группа лиц по предварительному сговору с целью устранения конкурента организовали и провели DDoS-атаку (типа «отказ в обслуживании»), на ее проведение были выделены денежные средства, подготовлена

---

<sup>8</sup> Available at: URL: <https://losst.ru/chto-takoe-ddos-ataka-sut-i-proishozhdenie> (дата обращения: 03-07-2019)

<sup>9</sup> Available at: URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/DoS-%D0%B0%D1%82%D0%B0%D0%BA%D0%B0> (дата обращения: 03-07-2019)

бот-сеть, написана и использована вредоносная программа. Действия участников группы были квалифицированы по ч. 2 ст. 272 и ст. 273 УК РФ<sup>10</sup>.

В этом деле заслуживают внимания разъяснения апелляционной инстанции на жалобу виновных об отсутствии в их действиях состава преступления, предусмотренного ст. 272 УК РФ, так как в результате DDoS-атаки на информационные ресурсы доступ к защищенной законом информации получить не удалось. Московский городской суд пришел к выводу, что доводы в жалобе несостоятельны. «В соответствии с требованиями ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ “Об информации, информационных технологиях и о защите информации” доступ к информации понимается как возможность ее получения и использования, а поскольку ... в результате ... DDoS-атаки, повлекшей блокирование (то есть невозможность законного доступа к сведениям при их сохранности) работы системы ЭВМ, осужденными была получена возможность неправомерного, несанкционированного доступа к защищенной законом компьютерной информации, о чем свидетельствует то, что в ходе атаки была использована бот-сеть, вредоносная программа, нормальный ход работы ООО «А» был нарушен, а система ЭВМ заблокирована, то есть заблокированы информационные ресурсы и система ЭВМ, объединенные в единую платежную систему, что судом правильно установлено как неправомерный доступ к компьютерной информации»<sup>11</sup>.

Позиция апелляционной коллегии Мосгорсуда небесспорна. Трудно согласиться, что неправомерным доступом к компьютерной информации охватывается невозможность доступа к ней. Этот пример судебной практики свидетельствует, что редакция ст. 272 УК РФ нуждается в уточнении.

Самыми известными кибератаками последнего десятилетия, по данным лаборатории Касперского<sup>12</sup>, являются:

1) WannaCry — масштабная атака, основанная на программе-шифровальщике, способной быстро распространяться по Интернету и локальным сетям. За четыре дня она вывела из строя более 200 000 компьютеров в 150 странах мира, в том числе и ряд объектов критической инфраструктуры (так, в некоторых больницах были зашифрованы все устройства, включая медицинское оборудование). Ущерб от атаки по разным данным составил от 4 до 8 млрд. долл.;

2) NotPetya/ExPetr — атака, ущерб от которой оценивается примерно в 10 млрд. долл. Как и в предыдущем случае, использовалась программа-

<sup>10</sup> См.: Апелляционное постановление Московского городского суда от 25.11. 2013 по делу № 10-11502/2013 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>11</sup> Апелляционное постановление Московского городского суда от 25.11.2013 по делу № 10-11502/2013.

<sup>12</sup> См.: 5 самых легендарных кибератак. Available at: URL: <https://www.kaspersky.ru/blog/five-most-notorious-cyberattacks/21607/> (дата обращения: 04-07-2019)

шифровальщик, но последствия оказались менее масштабными; основным ее адресатом стал бизнес — программа была заложена в финансовое программное обеспечение;

3) Stuxnet — атака, которая вывела из строя центрифуги обогащения урана в Иране, замедлив выполнение иранской ядерной программы на несколько лет. После этой атаки начали говорить об использовании кибероружия против промышленных систем. «Ничего более сложного и хитроумного в то время не существовало — червь умел незаметно распространяться через USB-флешки, проникая даже в те компьютеры, которые не были подключены к Интернету или локальной сети»<sup>13</sup>. Вредоносная программа распространилась по всему миру, была опасна для компьютеров, управляемых программируемыми контроллерами и софтом Siemens. Она стала причиной физического разрушения центрифуг для обогащения урана; червь, перепрограммируя контроллеры, задавал слишком большие скорости их вращения;

4) Dark Hotel — программа-шпион, которая внедрялась через публичные сети Wi-Fi в сеть отеля и предлагала его гостям установить на первый взгляд легальное обновление популярного программного обеспечения. Как только это делалось, устройства заражались шпионской программой. Она считывала нажатия клавиш, позволяла организовывать целевые фишинговые атаки. Программа была направлена на получение конфиденциальной информации топ-менеджеров и высокопоставленных чиновников;

5) Mirai — вредоносная троянская программа, использованная для «Интернета вещей», позволившая получить контроль над ними и объединить в единую сеть (ботнет<sup>14</sup>), которой можно управлять удаленно. С ее помощью 21 октября 2016 г. была осуществлена DDoS-атака на DNS-провайдера Dyn. Последний такой массированной атаки не выдержал. Вместе с ним в США перестали работать PayPal, Twitter, Netflix, Spotify, онлайн-сервис PlayStation и др.<sup>15</sup>

Обзор DDoS-атак показал, что:

а) средства вычислительной техники, как правило, защищены достаточно, уязвимыми для киберугроз они становятся в результате действий самих потерпевших (прочтения фишинговых писем, доверчивости, использование непроверенных USB-флешок и небезопасных Wi-Fi сетей);

б) уголовно-правовые средства противодействия нуждаются в корректировке. Так, ч. 1 ст. 272 УК РФ следует дополнить указанием на «неправо-

---

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> Слово Botnet (ботнет) образовано от слов «robot» (робот) и «network» (сеть). Киберпреступники используют специальные троянские программы, чтобы обойти систему защиты компьютеров, получить контроль над ними и объединить их в единую сеть (ботнет), которой можно управлять удаленно. Available at: URL: <https://www.kaspersky.ru/resource-center/threats/botnet-attacks> (дата обращения: 04-07-2019)

<sup>15</sup> См.: 5 самых легендарных кибератак ...

мерное воздействие на информационную систему или информационно-телекоммуникационная сеть, если это деяние повлекло нарушение, прекращение работы этих систем (сетей)», а в ч. 1 ст. 273 УК РФ после слов «компьютерной информации» добавить слова «, несанкционированного воздействия на информационную систему или информационно-телекоммуникационную сеть».

### **3. POS-терминалам (Point of Sale — устройство для приема платежных карт): криминальные риски**

Следует отметить, что совершенствуются не только программы для неправомерного доступа к информации, но и средства для защиты от кибератак. В связи с этим получить доступ к *POS-терминалам* (Point of Sale — устройство для приема платежных карт) становится гораздо проще, чем к процессинговому центру, а результат, тем не менее, может быть внушительным. Например, в декабре 2013 г. из одной американской сети были похищены данные около 70 млн. карт [Овчинский В.С., 2018: 121].

В настоящее время на хакерском рынке существует большое количество разных программ, которые можно использовать для заражения POS-терминалов, а также поддельные POS-терминалы. В этом случае все данные карт, проходящих через зараженный терминал, становятся известными преступникам. На черном рынке продают не только сами вредоносные программы, но и отдельно доступ к терминалам, на которые эти программы можно установить.

Путем установки поддельных устройств или их заражения вредоносными программами осуществляется обман потерпевших, который облегчает доступ к чужому имуществу, при этом способ завладения последним остается тайным. В связи с этим деяние должно быть квалифицировано по п. «г» ч. 3 ст. 158 УК РФ как кража с банковского счета либо совершенная в отношении электронных денежных средств и по ст. 272 УК РФ. В случае использования вредоносной компьютерной программы для заражения терминала уголовная ответственность должна дополнительно (к п. «г» ч. 3 ст. 158 УК РФ) наступать по ст. 272 и 273 УК РФ. Поэтому трудно согласиться с рекомендацией Пленума Верховного Суда, содержащейся в его приведенном выше Постановлении от 30.11.2017 № 48, квалифицировать такие деяния по ст. 159<sup>6</sup> УК РФ.

### **4. Блокчейн, криптовалюта: криминальные риски**

Появившаяся в конце XX в. технология *блокчейн* получила распространение в логистике, медицине, патентовании, кибербезопасности, голосова-

нии, торговле акциями, банковской сфере и т.п. [Арямов А.А., Иванов С.А., 2019: 13–16]. На ее основе были созданы виртуальные финансовые активы, в том числе криптовалюта (цифровая запись со своим криптографическим кодом в определенной информационной системе) [Арямов А.А., 2019: 12–13, 108–116]. Криптовалюта имеет децентрализованный характер, не эмитирована государством, обладает рядом преимуществ по сравнению с фиатными (символическими) деньгами: анонимность, минимальный процент по транзакциям, неподконтрольность публичной власти и т.д. Эти свойства, во-первых, обуславливают риски использования криптовалюты для анонимного финансирования терроризма, незаконного оборота наркотических средств (психотропных веществ), оружия, порнографических материалов, легализации имущества [Уфимцева В.А., 2019: 140–141] и т.д. Обладая высокой инвестиционной привлекательностью, она также создает угрозу неправомерного завладения ею. Во-вторых, именно из-за этих свойств криптовалюты информация о ней, размещенная в сети Интернет, повлекла обращения прокуратуры в суд с требованием признать данные сведения запрещенной информацией, которые в некоторых случаях удовлетворялись<sup>16</sup>.

В судебной практике не вызывает трудностей квалификация преступлений, в которых криптовалюта является средством их совершения. Проблемы появляются, когда она выступает предметом преступления. Это обусловлено тем, что в российском законодательстве до сих пор не определена юридическая природа криптовалюты. В теории уголовного права предлагаются варианты уголовно-правовой оценки подобных деяний, ни один из которых не основан на буквальном толковании уголовного закона<sup>17</sup>.

Попытку помочь правоприменителю предпринял Пленум Верховного Суда, приняв Постановление от 26.02.2019 № 1 «О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 7.07. 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»<sup>18</sup>. Пункт 1 Постановления был дополнен абзацем 3, в котором Пленум указал, что согласно 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 (2012) предметом

---

<sup>16</sup> См., напр.: Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 13.02. 2017 № 33-2537/2017 по делу № 2-10119/2016 // СПС КонсультантПлюс; Решением Мокшанского районного суда Пензенской области от 20.11. 2017 по делу № 2-443/2017~М-451/2017 требование о признании информации запрещенной к распространению в РФ удовлетворено // СПС КонсультантПлюс.

<sup>17</sup> Там же. С. 145–146.

<sup>18</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 4.

преступлений, предусмотренных ст. 174 и 174<sup>1</sup> УК РФ, могут выступать, в том числе и денежные средства, преобразованные из виртуальных активов (криптовалюты), приобретенных в результате совершения преступления.

Это разъяснение является попыткой устранить имеющийся пробел в правовом регулировании путем дополнения перечня предметов преступлений, изложенного в ст. 174 и 174<sup>1</sup> УК РФ, указанием на денежные средства, преобразованные из виртуальных активов (криптовалюты), приобретенных в результате совершения преступления. Однако в Постановлении не разрешен вопрос — как быть, если криптовалюта не была конвертирована в денежные средства? Пленум, с одной стороны, не урегулировал рассмотренную проблему, а с другой стороны вышел за пределы своих полномочий, рекомендуя к предмету преступлений, изложенных в ст. 174 и 174<sup>1</sup> УК РФ, относить еще и денежные средства, преобразованные из виртуальных активов (криптовалюты), приобретенных в результате совершения преступления.

В оценке этой позиции Пленума можно согласиться с Ю.С. Харитоновой, отмечающей, что попытка Пленума Верховного Суда в этой ситуации дать разъяснения демонстрирует острую потребность в регулировании обращения криптовалюты [Харитонова Ю.С., 2019: 31–36].

Федеральный закон «О цифровых финансовых активах», который в том числе должен был определить правовой статус криптовалюты в России, пока не принят<sup>19</sup>. Однако первый шаг на пути к определению правового статуса криптовалюты уже сделан. Федеральным законом от 18.03.2019 № 34-ФЗ внесены изменения в ст. 128 (объекты гражданских прав) Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)<sup>20</sup>. Согласно этому закону «к объектам гражданских прав относятся вещи (включая наличные деньги и документарные ценные бумаги), иное имущество, в том числе имущественные права (включая безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, цифровые права) ...». Таким образом, новая редакция статьи устранила ошибку в определении предусмотренных ст. 128 ГК РФ объектов гражданских прав [Василевская Л.Ю., 2019: 112], а права, относящиеся к имуществу, дополнила цифровыми правами.

Понятие последних дается в ст. 141<sup>1</sup> ГК РФ «Цифровые права». Под ними «признаются названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам. Осуществление, распоряжение, в том числе передача, залог, обременение цифрового права другими способами или

<sup>19</sup> См.: Законопроект № 419059-7. Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/419059-7> (дата обращения: 09-07-2019)

<sup>20</sup> СЗ РФ. 2019. № 12. Ст. 1224.

ограничение распоряжения цифровым правом возможны только в информационной системе без обращения к третьему лицу».

Некоторые цивилисты негативно оценивают отнесение цифровых прав к имущественным правам. «Сложно понять, как цифровой код может быть отнесен к категории имущественного права, не являясь по своей сути правовым требованием, которое могло бы обращаться в гражданском обороте как разновидность прав» [Вайпан В.А., Фролова М.А. 2018]; [Гузнов А., Михеева Л., Новоселова Л. [и др.], 2018: 16–30]. Ученые отмечают, что такие изменения влекут за собой и необходимость пересмотра понимания обязательственных отношений, содержания сделки и т.п. [Василевская Л.Ю., 2019: 118].

Но, несмотря на это, к предмету преступления будут относиться и цифровые права, а неправомерные действия в отношении криптовалюты будут охватываться теми составами преступлений, в которых имущество закреплено в качестве предмета преступления.

Кроме того, в отношении криптовалюты может быть применена конфискация имущества (гл. 15<sup>1</sup> УК РФ). Считается, что ее конфискация «впервые была осуществлена правоохранительными органами в ходе пресечения деятельности крупнейшего анонимного цифрового рынка продажи наркотических средств Silk Road, активы которого были проданы на четырех аукционах по действовавшему на тот период курсу биткоина на общую сумму 30 млн долларов США» [Долгиева М.М., 2018: 45–49]. После реализации биткоинов, принадлежащих Silk Road, продажа конфискованной криптовалюты в США происходит часто<sup>21</sup>.

Работа по борьбе с криптопреступлениями и конфискации криптовалюты успешно ведется не только в США, но и в Великобритании<sup>22</sup>, Китае<sup>23</sup>, Испании<sup>24</sup> и многих других странах» [Долгиева М.М., 2018: 45–49]. Эта уголовно-правовая мера действительно может оказаться средством в борьбе с незаконными действиями, совершаемыми с ней.

Исследователи отмечают, что именно блокчейн во многом способствует раскрытию преступлений, в которых задействована криптовалюта в качестве средства совершения преступления или его предмета, установлению личности анонимных владельцев этих цифровых активов; операции с ней

---

<sup>21</sup> Available at: URL: <https://bitjournal.media/27-06-2018/amerikanskije-pravoohraniteli-konfiskovali-17-mln-v-btc/>; <https://forklog.com/vlasti-ssha-konfiskovali-millions-dollarov-v-kriptovalyute-prinadlezhavshie-byvsheму-vladeltsu-darknet-rynka-alphabay> (дата обращения: 10-07-2019)

<sup>22</sup> Available at: <https://www.surrey.police.uk/about-us/how-we-seized-converted-and-retained-12m-worth-of-bitcoin/> (дата обращения: 10-07-2019)

<sup>23</sup> Available at: URL: <https://forklog.com/politsiya-kitaya-izyala-u-organizatorov-futbolnyh-totalizatorov-1-4-mln-v-bitkoinah/> (дата обращения: 10-07-2019)

<sup>24</sup> Available at: <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/police-seize-more-eur-45-million-in-cryptocurrencies-in-europe's-biggest-ever-isd-bust> (дата обращения: 10-07-2019)



позволяют сделать любую скрытую финансовую операцию общедоступной. Кроме того, «повышение уровня компетенции сотрудников правоохранительных органов и финансовых разведок, технической оснащенности этих структур будет способствовать росту числа раскрытых подобных преступлений и предупреждению совершения новых» [Кунев Д.А., 2019: 76–80].

## **5. Искусственный интеллект и робототехника: криминальные риски**

Современное общество уже невозможно представить без *искусственного интеллекта и робототехники*. Искусственный интеллект — область научных знаний и технологий создания интеллектуальных машин и интеллектуального программного обеспечения. Кроме того, искусственным интеллектом называют свойство интеллектуальных систем выполнять творческие функции, которые традиционно считаются прерогативой человека. Одной из ключевых их особенностей является способность приобретать знания посредством обучения (самомоодификации) и применять эти знания для решения проблем. Подобно тому, как человек использует свой мозг, чтобы учиться на новой информации, собранной органами чувств, искусственный интеллект учится на информации, передаваемой ему, например, в виде изображения или правил. «Данная информация не только обрабатывается в соответствии с тем, как она запрограммирована, но также изменяет сам алгоритм, с помощью которых ее обрабатывают. Процесс, при котором искусственный интеллект запрограммирован на автоматическое изменение собственного алгоритма, называется машинным обучением» [Арямов А.А., Иванов С.А., 2019: 4].

Искусственный интеллект и робототехника образуют наиболее перспективную комбинацию для автоматизации задач, не входящих в первичные заводские настройки роботов. В последние годы он все больше распространяется в роботизированных решениях, обеспечивая гибкость и возможность обучения там, где раньше применялись неизменяемые производственные настройки. Роботизированные системы с искусственным интеллектом управления используются не только на производстве, но и при совершении преступлений, а также создают риски причинения вреда охраняемым уголовным законом общественным отношениям.

Так, последние возникают в связи с использованием беспилотных транспортных средств, оснащенных искусственным интеллектом. Понятием «беспилотные транспортные средства», как правило, охватываются две группы автомобилей: высокоавтоматизированные автомобили с водителем (0–3 уровень автономности вождения<sup>25</sup>) и высокоавтоматизированные ав-

<sup>25</sup> См.: Стандарт SAE J3016. Available at: [https://www.sae.org/binaries/content/assets/cm/cotent/news/pressreleases/pathway-to-autonomy/automated\\_driving.pdf](https://www.sae.org/binaries/content/assets/cm/cotent/news/pressreleases/pathway-to-autonomy/automated_driving.pdf) (дата обращения: 10-07-2019)

томобили без водителя (4–5 уровень автономности вождения<sup>26</sup>). Отметим, что термин «беспилотное транспортное средство» (беспилотники) больше подходит ко второй группе автомобилей, но устоявшейся терминологии ни в России, ни за рубежом пока нет [Незнамов А.В., 2018: 175–182].

Риски использования беспилотников обусловлены тем, что:

1) управление осуществляется через или с использованием информационно-телекоммуникационной сети, что создает возможность ее взлома и вмешательства в программу управления транспортным средством;

2) функционирование транспортного средства невозможно без источника питания, которое намеренно может быть отключено или повреждено;

3) транспортные средства, использующие спутниковую навигацию и электронные блоки для обработки GPS-сигнала, могут быть поражены сильной магнитной бурей;

4) программное обеспечение рассчитано на функционирование транспортного средства в стандартных (типовых) условиях. Проблема возникает, если система управления не сможет распознать нестандартную обстановку, которая в том числе может быть обусловлена плохими погодными условиями: сильный дождь, снегопад, туман и т.д. [Коробеев А.И. (а), 2019: 9–28, 64, 65]; [Коробеев А.И. (б), 2019: 64, 65].

Все это порождает угрозу причинения вреда личности, общественной безопасности и собственности.

Перечисленные риски будут актуальны, если беспилотники будут использоваться на дорогах общего пользования. На сегодняшний день ни международное<sup>27</sup>, ни национальное законодательство России<sup>28</sup> предусматривает нахождения беспилотных транспортных средств (высокоавтоматизированные автомобили без находящегося внутри водителя) на дорогах общего пользования. Отсутствует и соответствующая инфраструктура. Вместе с тем предложения об ответственности за причиненный вред в теории уголовного права уже делаются. Так, предлагается ответственность за вред (возникающий вследствие обстоятельств, изложенных ранее в п. 3 и 4), причиненный беспилотным транспортным средством (4–5 уровень автономности вождения), возложить на разработчика программно-аппаратных средств и собственника транспортного средства.

---

<sup>26</sup> Там же.

<sup>27</sup> См.: Конвенция о дорожном движении (Вена, 1968) // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXXIII. М., 1979. С. 385–435.

<sup>28</sup> Постановление Правительства РФ от 23.10.1993 № 1090 «О Правилах дорожного движения» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 47. Ст. 4531; Федеральный закон от 10.12.1995 № 196-ФЗ «О безопасности дорожного движения» // СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4873; Федеральный закон от 8.11.2007 № 259-ФЗ «Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта» // СЗ РФ. 2007. № 46. Ст. 5555.

Если наступили общественно опасные последствия в результате целенаправленных действий по неправомерному вмешательству в систему управления транспортным средством или отключения (повреждения) его источника питания, то виновное лицо должно подлежать уголовной ответственности в соответствии с теми последствиями, которые наступили, как за преступления против личности или собственности.

Требует самостоятельного исследования вопрос о необходимости криминализации неправомерного вмешательства в системы управления транспортным средством или информационно-телекоммуникационные сети, обеспечивающие их работу, как компоненты транспортной безопасности.

Основа любого искусственного интеллекта и робототехники — это программное обеспечение, которое создает риски неправомерного доступа к нему с помощью вредоносных программ. Так, в 2016 г. было совершено одно из первых целенаправленных убийств «с использованием робота. В палате интенсивной терапии больной умер от подачи в капельницу смертоносного состава вместо предписанного лекарства. Полицейские не смогли бы обнаружить это преступление, если бы не случайность. Программист, которого банда наняла, чтобы взломать программу, управляющую автоматической раздачей лекарств, поделился информацией в одном из закрытых чатов. В нем присутствовал осведомитель городской полиции. Благодаря ему программист был задержан» [Овчинский В.С., 2018: 153].

На конференциях ФБР отмечалось, что «в течение 2015–2016 гг. агенты под прикрытием и осведомители неоднократно сообщали, что преступные синдикаты серьезно обсуждали различные варианты убийств, используя насыщенные электроникой автомобили, умные дома, медицинские комплексы», Интернет вещей (IoT) и т.п. Правоохранительные органы по всему миру всерьез готовятся к появлению преступных организованных групп, «специализирующихся на заказных высокотехнологичных убийствах, замаскированных под технические инциденты различного рода. Принимая во внимание объем рынка заказных убийств в Соединенных Штатах, составляющий около 2 млрд. долл. в год, ожидается появление» таких сетевых синдикатов.

Главным инструментом подобных преступных сообществ могут стать не хакерские программы сами по себе, а искусственный интеллект. Различного рода автоматизированные автономные системы в подавляющем большинстве управляются из единого вычислительного центра, функционирующего как искусственный интеллект (роевое обучение). Соответственно, подключиться и заместить команды одного искусственного интеллекта может только другой. Программисту это не под силу. Он будет распознан из-за большей медлительности и меньшей алгоритмичности действий и операций. Кроме

того, только искусственному интеллекту под силу замаскировать неправомерное отключение или выполнение несанкционированных действий техническим отказом. Характерной чертой современных вирусных программ является то, что они сами по себе обладают некоторыми признаками искусственного интеллекта, к которым относятся адаптивное поведение, самовоспроизведение с мутациями, мимикрия, возможность использования самообучающихся алгоритмов для распространения и заражения новых компьютеров и т.п. [Тирранен В.А., 2019: 137]

В ближайшее время данная преступная деятельность может стать реальностью. Для предотвращения и раскрытия этих преступлений необходимо иметь в правоохранительных органах специалистов, разбирающихся в тонкостях нейронных сетей, глубокого обучения и активного тестирования.

Изложенное подчеркивает необходимость:

1) оценки риска неправомерного вмешательства в программное обеспечение устройств или информационно-телекоммуникационных сетей, обеспечивающих их работу;

2) разработки, с одной стороны, производителями адекватных мер защиты программного обеспечения от неправомерного доступа, включая средства идентификации устройств, оснащенных искусственным интеллектом, а, с другой стороны, мер ответственности для производителей, не соблюдающих это требование.

Актуальность последнего предложения иллюстрирует отчет компании Trend Micro (май 2017 г.)<sup>29</sup>, согласно которому в мире насчитывается свыше 83 тыс. доступных через Сеть промышленных роботов, и в 5 тыс. из них отсутствуют механизмы аутентификации пользователей. Исследователи обнаружили в роботах 65 уязвимостей, в том числе позволяющих обойти механизмы аутентификации, модифицировать ключевые настройки и изменить режим работы устройства.

В подтверждение своих опасений исследователи осуществили показательную кибератаку на промышленного робота в лабораторных условиях. Эксперты продемонстрировали, как с помощью атаки можно незаметно изменить движение устройства. Программный код остается неизменным, а изменение движения невозможно уловить невооруженным взглядом. Вместе с тем малейшее отклонение в производственном процессе может привести к серьезным последствиям.

Одна из особенностей искусственного интеллекта — это его способность к самообучению, результаты которого не всегда под силу предсказать разработчикам, что также может породить риски причинения вреда охраняемым

---

<sup>29</sup> Available at: URL: [https://www.trendmicro.com/ru\\_ru/about/awards.html](https://www.trendmicro.com/ru_ru/about/awards.html) (дата обращения: 23.07.2019)

законом общественным отношениям. Проиллюстрируем эту особенность известной программой-роботом Тау (компания «Майкрософт»), созданной для общения с людьми в Интернете. За сутки робот стал расистом и научился ругаться. Компания-создатель пояснила, что чат-бот Тау с искусственным интеллектом — это обучаемый проект. Недопустимые ответы, которые он дает, свидетельствуют о взаимодействиях в процессе обучения<sup>30</sup>. В связи с этим возникает вопрос — кто подлежит ответственности за оскорбительные сообщения, сделанные этой программой?

Проблема характерна для всех роботов с искусственным интеллектом. Ее можно подразделить на две группы. Первая связана с неправомерным внесением изменений в программное обеспечение. На предотвращение подобного поведения в цифровом мире рассчитаны сделанные нами предложения по изменению редакции ст. 272 и 273 УК РФ. Вторая — с ответственностью за вред, причиненный искусственным интеллектом. В.А. Лаптев считает, что искусственный интеллект обладает «отдельными элементами субъективного права» и одновременно выступает объектом права [Лаптев В.А., 2019: 88]. В связи с этим он полагает, что в ближайшее время ответственности за работу искусственного интеллекта будут нести создатель (производитель) и владелец (оператор), по аналогии с ответственностью за причинение вреда источником повышенной опасности. Следующим шагом будет признание за такими роботами правосубъектности и способности нести самостоятельную юридическую ответственность. Заключительный этап — «правосубъектность будет существовать у искусственного интеллекта уже в виртуальном (цифровом) пространстве в отрыве от материального мира» [Лаптев В.А., 2019: 99].

Еще один риск, порождаемый искусственным интеллектом, — это возможность его использования для совершения преступления, например, дронов в качестве наркокурьеров, для совершения террористических актов и т.д.

Сегодня достигнуты большие успехи в миниатюризации роботов. Государственные и коммерческие структуры могут приобрести робота размером с большого жука, оснащенного видеокамерой, способной снимать как днем, так и ночью, микрофоном, устройством дистанционной передачи на расстояние до 5 км звука и изображения и, естественно, устройствами для передвижения. В американские спецподразделения поступили роботы-шмели, способные действовать в наиболее агрессивных средах, быть незаметными, проникать в здания, оснащенные пуленепробиваемыми стеклами, внутри не только фотографировать, но и поражать живые «мишени».

---

<sup>30</sup> См.: «Я всех ненавижу»: чат-бот от Microsoft всего за сутки стал расистом и мизантропом. Available at: URL: <https://russian.rt.com/article/155810> (дата обращения: 11-07-2019)

В 2013–2014 гг. произошел подлинный прорыв в робототехнике, когда стало возможным создание роев боевых и гражданских роботов. Рой имитирует поведение пчел, муравьев, стаи птиц. Используя передовые решения в области «облачной» коллективной памяти, распределенной вычислительной мощности и модульных конструкций, системы могут не только координировать деятельность и самообучаться друг у друга, но и собираться из маленьких устройств в крупные единые комплексы. Военный потенциал этих технологий на первом этапе будет использоваться для сбора разведанных и массовых диверсий на территории противника, в последующем они могут стать одним из вариантов армии. Подобные силиконовые конструкции разных форм со смертоносным оборудованием будут способны на самостоятельное принятие тактических решений.

Л. Дель Монте — известный ученый-физик, бывший руководитель разработок микроэлектроники в IBM, автор книги «Нанооружие: растущая угроза человечеству», прогнозирует, что к концу 2020-х гг. «террористы смогут получить доступ к нанооружию и будут способны использовать наноботов (нанороботов) для совершения террористических атак, например для заражения систем водоснабжения крупных городов или отравления людей инъекциями. Нанодроны также могут стать инструментами биологической войны»<sup>31</sup>.

В указанных случаях робот выступает в качестве орудия или средства совершения преступления. Уголовной ответственности подлежит лицо, использовавшее его для совершения преступления. Вместе с тем требует самостоятельного исследования вопрос о том, повышает ли степень общественной опасности преступление, совершенное с использованием робота (искусственного интеллекта)? Если речь идет о террористическом акте, то вряд ли, а если совершено убийство, то скорее всего да. Можно предположить, что это должно быть квалифицированное убийство, в связи с чем требуется дополнение ч. 2 ст. 105 УК РФ соответствующим признаком.

## **Заключение**

Появление новых технологий создает угрозу вреда всем сферам общественных отношений, но прежде всего — личности, экономике и общественной безопасности.

Одной из распространенных киберугроз в сфере экономики, способной причинять вред и имущественным интересам личности, выступает метод социальной инженерии. Имущественный ущерб, причиненный с использо-

---

<sup>31</sup> Available at: URL: <https://inosmi.ru/science/20170321/238918900.html> (дата посещения: 23-03-2019)

ванием этого метода, следует оценивать по п. «г» ч. 3 ст. 158 УК РФ как кража с банковского счета или совершенная в отношении электронных денежных средств, и соответственно по ст. 272, 273, 274<sup>1</sup> УК РФ. Кроме того, необходимо: а) исключение ст. 159<sup>6</sup> из УК РФ; б) дополнение ст. 163 УК РФ таким признаком, как угроза уничтожения информации. Отсутствие в этой статье такого вида угрозы является пробелом, не позволяющим уголовно-правовыми средствами бороться с виновными, использующими программы-вымогатели для завладения чужим имуществом.

Исследование DoS-атак выявило несовершенство уголовно-правовых норм, устранить которое возможно путем дополнения:

а) части 1 ст. 272 УК РФ указанием на «неправомерное воздействие на информационную систему или информационно-телекоммуникационная сеть, если это деяние повлекло нарушение, прекращение работы этих систем (сетей)»;

б) части 1 ст. 273 УК РФ после слов «компьютерной информации» словами: «несанкционированного воздействия на информационную систему или информационно-телекоммуникационную сеть».

Завладение чужим имуществом с использованием поддельных или зараженных вредоносными программами POS-терминалов должно быть квалифицировано по п. «г» ч. 3 ст. 158 УК РФ как кража с банковского счета и по ст. 272 УК РФ, поскольку способ изъятия имущества остается тайным, а с помощью обмана происходит завладение конфиденциальной информацией (номер платежной карты, ПИН-код и др.), который облегчает доступ к чужому имуществу. За использование вредоносной компьютерной программы для заражения терминала уголовная ответственность дополнительно (к п. «г» ч. 3 ст. 158) должна наступать по ст. 272 и 273.

Появление виртуальных финансовых активов, в том числе криптовалюты, стало возможным благодаря технологии блокчейн. Ее существование обуславливает риски использования криптовалюты для анонимного финансирования терроризма, незаконного оборота наркотических средств (психотропных веществ), оружия, порнографических материалов, легализации имущества, а также создает угрозу неправомерного завладения ею. Статьи 128 и 141<sup>1</sup> ГК РФ позволяют криптовалюту относить к имуществу и тем самым снимают проблему квалификации деяний, в которых она выступает предметом преступления.

Эволюция искусственного интеллекта и робототехники обозначила проблему ответственности за причиняемый ими вред, которая активно обсуждается как учеными, так и практиками. На сегодняшний день заслуживающим внимание выглядит предложение относить искусственный интеллект к источникам повышенной опасности. Основания и условия ответственности за вред, причиненный такими источниками, хорошо разработаны в

гражданском праве. В связи с тем, что искусственный интеллект способен к самообучению и вследствие этого принятию самостоятельных решений, обсуждаются варианты признания его субъектом права, «роботом-агентом», т.е. рассматриваются вопросы его самостоятельной и (или) субсидиарной ответственности.



## Библиография

- Арямов А.А. Цифровизация: уголовно-правовые риски в сфере экономики // Актуальные проблемы российского права. 2019. N 6. С. 108–116.
- Арямов А.А., Иванов С.А. Девиации в цифровом мире: уголовно-правовое измерение. М.: Контракт, 2019. 130 с.
- Болсуновская Л.М. Криминализация мошенничества в сфере компьютерной информации в российском праве // Библиотека криминалиста. 2016. N 3. С. 15–20.
- Василевская Л.Ю. Токен как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации цифрового права // Актуальные проблемы российского права. 2019. N 5. С. 111–119.
- Гузнов А., Михеева Л., Новоселова Л. и др. Цифровые активы в системе объектов гражданских прав // Закон. 2018. N 5. С. 16–30.
- Данилов Д. Квалификация DDos-АТАК, совершенных из корыстной заинтересованности // Уголовное право. 2018. N 6. С. 37–42.
- Долгиева М.М. Конфискация криптовалюты // Законность. 2018. N 11. С. 45–49.
- Кибальник А. Квалификация мошенничества в новом постановлении Пленума Верховного Суда РФ // Уголовное право. 2018. N 1. С. 61–67.
- Кунев Д.А. Современные угрозы использования криптовалют в преступных целях / Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы XVI международной конференции. М.: РФ-Пресс, 2019. С. 76–80.
- Лаптев В.А. Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу // Право. Журнал Высшей школы экономики. N 2. 2019. С. 79–102.
- Лопашенко Н.А. Законодательная реформа мошенничества: вынужденные вопросы и вынужденные ответы // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2015. № 3. С. 504–513.
- Незнамов А.В. Правила беспилотного вождения: об изменениях Венской конвенции о дорожном движении // Закон. 2018. № 1. С. 175–182.
- Овчинский В.С. Криминология цифрового мира. М.: Норма, 2018. 352 с.
- Вайпан В.А., Егорова М.А. и др. Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики. М.: Юстицинформ, 2018. 376 с.
- Тирранен В.А. Искусственный интеллект и нейронные сети как инструменты современной киберпреступности / Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы конференции. М.: РФ-Пресс, 2019. С. 135–140.
- Уфимцева В.А. Уголовно-правовые риски использования криптовалюты / Уголовное право: стратегия развития в XXI веке. М.: РФ-Пресс, 2019. С. 140–147.
- Харитонов Ю.С. Криптовалюта в правоприменительной практике // Предпринимательское право. 2019. N 2. С. 31–36.



## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1**

### **Preventing Deviations in the Digital World by Criminal Law Means**



**Yulia Gracheva**

Professor, Department of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University. Address: 9 Sadovo-Kudrinskaya Str., Moscow 125593, Russia. E-mail: uvgracheva@mail.ru



**Sergey Malikov**

Senior Lecturer, Department of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovo-Kudrinskaya Str., Moscow 125593, Russia. E-mail: s.v.malikov@yandex.ru



**Alexander Chuchaev**

Professor, Department of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovo-Kudrinskaya Street, Moscow 125593, Russia. E-mail: moksha1@rambler.ru



#### **Abstract**

Any progress causes both positive influence on society and produces new risks of causing harm to public relations some of which may be criminal. The subject matter of the research is new technologies which may be used to bring harm to public relations protected by criminal law. The purpose of the article is to examine the tool of breaching public relations by applying new technologies and developing adequate criminal law measures to evade deviations in the digital world. The general scholar and social legal methods are implemented in the article. A popular technique of social engineering is fishing aimed at obtaining access to confidential data of the users, logins and passwords. The theft of property of another by means of getting confidential information causes criminal liability under article 3 of the Russian Criminal Code. Fishing letters contain various programs (Trojans). The programs are applied by the guilty when stealing money by providing access to the bank account of the victim etc. Such programs are applied to extort the property of the victim threatening to delete computer information. These actions may be qualified under articles 272 and 273 of the Criminal Code. In authors opinion, Article 163 of the Code should be added with the way of committing the crime, i.e. the threat of deleting information. Similar negative consequences may be caused by DoS attacks. The research studies five most famous cyber attacks, specifies the mechanism of causing harm to the objects of criminal law protection, which needs specification in article 272 and 273 of the Criminal Code. The paper studies the blockchain technology and cryptocurrency, artificial intelligence and robots. The changes in the civil law regulation of public relations arising due to the technologies in question may cause changes in the criminal law assessment of modern era crimes.



#### **Keywords**

deviations in the digital world, criminal risks, method of social engineering, Dos attacks, fraud in the field of computer information, unauthorized access, artificial intelligence and robotics, criminal liability, cryptocurrency, blockchain.

**Acknowledgments:** The work was supported by the Russian Foundation for Basic Research (research project № 18-29-16158).

**For citation:** Gracheva Y.V., Malikov S.V., Chuchaev A.I. (2020) Preventing Deviations in the Digital World by Criminal Law Means. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 188–210 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.188.210



## References

- Aryamov A.A. (2019) Digitalization and criminal risks in economy. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*, no 6, pp. 108–116 (in Russian)
- Aryamov A. A., Ivanov S.A. (2019) *Deviations in the digital area: criminal law dimension*. Moscow: Kontrakt, 130 p. (in Russian)
- Bolsunovskaya L.M. (2016) Criminalization of fraud in computer information in Russian law. *Biblioteka kriminalista*, no 3, pp. 15–20 (in Russian)
- Danilov D. (2018) Qualification of DDs-attacks for mercenary motives. *Ugolovnoe pravo*, no 6, pp. 37–42 (in Russian)
- Dolgieva M.M. (2018) Confiscation of the crypto currency. *Zakonnost'*, no 11, pp. 45–49 (in Russian)
- Guznov A., Miheeva L., Novoselova L. (2018) Digital assets in the system of the civil law. *Zakon*, no 5, pp. 16–30 (in Russian)
- Haritonova Yu. S. (2019) Crypto currency in legal practice. *Predprinimatel'skoe pravo*, no 2, pp. 31–36 (in Russian)
- Kibal'nik A. (2018) Qualification of fraud in recent resolution of the Russian Supreme Court. *Ugolovnoe pravo*, no 1, pp. 61–67 (in Russian)
- Kuney D.A. (2019) Current threats of using crypto currency for criminal aims. *Ugolovnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke*. Papers of a conference. Moscow: Prospect, pp. 76–80 (in Russian)
- Laptev V.A. (2019) Artificial intelligence and liability for its work. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 79–102 (in Russian)
- Lopashenko N.A. (2015) Fraud reform: questions and answers. *Kriminologicheskij zhurnal Baikalskogo gosudarstvennogo universiteta ekonomiki i prava*, no 3, pp. 504–513 (in Russian)
- Neznamov A.V. (2018) Rules of non-pilot driving and changing Vienna Traffic Convention. *Zakon*, no 1, pp. 175–182 (in Russian)
- Ovchinskiy V.S. (2018) *Criminology of digital world*. Moscow: Norma, 352 p. (in Russian)
- Tirranen V.A. (2019) Artificial intellect and neuron cells as means of modern cyber crime. *Ugolovnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke*, pp. 135–140 (in Russian)
- Ufimceva V.A. (2019) Criminal risks of using crypto currency. *Ugolovnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke*, pp. 140–147 (in Russian)
- Vaipan V.A. (ed.) (2019) *Legal regulation of digital economy*. Moscow: Yustitcinform, 376 p. (in Russian)
- Vasilevskaya L. Yu. (2019) Token as a new object of civilian rights: qualification of digital rights. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*, no 5, pp. 111–119 (in Russian)

# Правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации по вопросу квалификации преступлений с «негодным» субъектом: опыт дискурс-анализа

---



**А.М. Разогреева**

Доцент, кафедра уголовного права и криминологии юридического факультета Южного федерального университета, кандидат юридических наук. Адрес: 344006, Российская Федерация, Ростов-на-Дону, ул. Б. Садовая, 105/42. E-mail: a.razogreeva@gmail.com

---



## **Аннотация**

Объектом исследования в статье выступает совокупность ключевых решений Верховного Суда Российской Федерации по вопросам квалификации преступлений, совершенных совместно с лицом, не подлежащим уголовной ответственности, а также ненадлежащим специальным субъектом. Автор обосновывает возможность и обозначает границы применения методологии дискурс-анализа в сфере уголовного правоприменения. С использованием археологического метода М. Фуко предпринимается попытка выявить влияние социального и политического контекста на существо, порядок аргументации и форму определяемых высшей судебной инстанцией правовых позиций по данному вопросу. В статье выдвигается и поддерживается мнение, что значительное влияние на признание возможности квалификации преступления, совершенного совместно с негодным субъектом, как совершенного группой лиц образует доминирующий в российском уголовно-правовой доктрине дискурс общественной опасности. Дифференциации подходов Верховного Суда при оценке возможности признания в качестве надлежащего различных категорий специальных субъектов (должностные лица, военнослужащие, лица, проходящие альтернативную гражданскую службу, осужденные), у которых нарушены основания или не соблюден порядок возникновения специальных отношений с государством по поводу прохождения службы или отбывания наказания, объясняется с использованием концепта дисциплинарного общества М. Фуко. Различение устанавливаемых высшей судебной инстанцией в своих решениях правил уголовной ответственности должностных лиц, которые признаются субъектами, военнослужащих, в отношении которых сложилась точечная практика непризнания их в качестве специальных субъектов, и лиц, проходящих альтернативную гражданскую службу, которые субъектами не признаются, связано с той позицией в системе власти, которую они занимают (субъекты власти или объекты применения дисциплинарных практик).

---



## Ключевые слова

правовая позиция, ненадлежащий субъект, специальный субъект, должностное лицо, археология знания, общественная опасность, военнослужащий, уголовное право.

---

---

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

**Для цитирования:** Разогреева А.М. Правовые позиции Верховного суда Российской Федерации по вопросу о квалификации преступлений с «негодными» средствами: опыт дискурс-анализа // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 211–229.

УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.211.229

## Введение

В современном уголовном праве есть несколько головоломок. Одна из них следующая: почему правоприменитель по-разному подходит к оценке действий лиц, которые незаконно были призваны на военную службу, и должностных лиц, использовавших поддельные документы для устройства на работу? Можно предположить, что эти ситуации возникают, когда оттенки социальной жизни «упаковываются» в абстрактные юридические формулы. Но это не отвечает на вопрос, что именно происходит в каждом случае.

В тексте поставлена задача уяснить условия, которые дают возможность Верховному Суду Российской Федерации дифференцированно квалифицировать деяния, совершенные при участии лиц, которых в доктрине уголовного права принято именовать «негодными» субъектами.

## 1. Основные понятия и методология исследования

Без углубления в дискуссию о понимании негодного (ненадлежащего) субъекта в этом тексте в качестве рабочего понятия под таковым понимается физическое лицо, не обладающее всеми необходимыми для признания его субъектом преступления уголовно-релевантными признаками. Значение имеет также доктринальное деление на общий негодный субъект (лицо не достигло возраста уголовной ответственности и(или) признано невменяемым) и специальный негодный субъекта (лицо, обладающее общими признаками уголовной деликтоспособности (возраст, вменяемость), но не имеющее всех необходимых признаков специального субъекта конкретного состава преступления).

Под правовой позицией Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС; Суд) по уголовным делам понимается высказанное/поддержанное им суждение о понимании и применении уголовно-правовых норм в процессе осуществления правосудия по уголовным делам. Эти суждения находят выражение в постановлениях Пленума ВС по вопросам судебной практики, постановлениях Президиума ВС по уголовным делам, ответах на вопросы, поступивших из судов, утвержденных Президиумом, в обзорах и обобщениях судебной практики, утвержденных Президиумом, обзорах судебной практики судебных коллегий ВС (по уголовным делам, военной коллегии), а также в отдельных приговорах и определениях ВС, постановлениях президиума, определениях судебных коллегий по уголовным делам судов республик, краевых и областных судов, фрагментарно опубликованных в Бюллетене Суда (далее — БВС) и (или) размещенных на его официальном сайте в разделе «Документы Верховного Суда Российской Федерации»<sup>1</sup>.

Основная задача статьи (анализ высказываний) предопределил используемый исследовательский метод — археология знания, предложенная М. Фуко (один из ранних вариантов дискурсивной аналитики). Основной вопрос, оставленный М. Фуко в «Археологии знания» [Фуко М., 2004: 347–351] — каковы дискурсивные условия возможности производства субъектом определенного высказывания (в нашем случае — высказывания Верховного Суда по вопросу квалификации преступлений с негодным субъектом). Для описания дискурсивных условий на этом этапе своего творчества М. Фуко использует понятие эпистемы: «Под эпистемой мы понимаем совокупность связей, способных в определенную эпоху объединить те дискурсивные практики, которые порождают эпистемологические фигуры, науки, а, иногда, и формализованные системы; способ, в соответствии с которым в каждой из таких дискурсивных формаций заложены и осуществляются переходы к эпистемологизации, научности и формализации; расположение этих порогов, которые могут совпадать, взаимоподчиняться или смещаться во времени относительно друг друга; латеральные отношения, которые могут существовать между эпистемологическими фигурами или науками в той мере, в какой они зависят от близких, но различных дискурсивных практик» [Фуко М., 2004: 350–351].

<sup>1</sup> Available at: URL: <http://www.vsrfr.ru/second.php/> (дата обращения: 22.11.2017). Формальная общедоступность (опубликование в БВС (ранее — БВС РСФСР/СССР) или размещение на официальном сайте Верховного Суда) — важное условие отнесения того или иного решения к категории правовой позиции. В этом смысле определенная сложность возникает с решениями, не опубликованными в официальном издании Верховного Суда и (или) не размещенными на сайте. Применительно к настоящему исследованию этот вопрос возникает применительно к значимой практике Судебной коллегии ВС по делам военнослужащих (ранее — Военной коллегии). Однако специфический адресат и способы доведения до сведения специализированных судов в данном случае позволяют рассматривать ее как содержащую правовую позицию

По отношению к высказываниям Верховного Суда и системе знаний, производимой уголовно-правовой наукой, которые являются для нас видимой частью эпистемы, в качестве ее скрытой части выступают те представления и общие места, те подходы и идеи, которые циркулируют в процессе подготовки юристов и в ходе их профессиональной деятельности, общие представления о справедливости и законности (выраженные, в том числе в популярной культуре), само устройство общественного порядка. «Эпистема как совокупность отношений между науками, эпистемологическими фигурами, позитивностями и дискурсивными практиками, позволяет увидеть все те принуждения и ограничения, которые предписываются дискурсу в определенный момент... Эпистема — это не то, что можно знать в какую-то определенную эпоху, даже если учитывать ее техническое несовершенство, ментальные привычки или границы, установленные традицией; эпистема — это то, что делает возможным существование эпистемологических фигур и наук в позитивности дискурсивных практик» [Фуко М., 2004: 351–352].

Объектом дискурсивного анализа в данной статье является совокупность высказываний Суда по поводу квалификации преступлений с негодным субъектом. Для избранного методологического подхода характерен интерес к формальному устройству текста, через анализ которого проясняются условия его производства. Переноса этот метод для исследования на предложенный объект, я предлагаю обратить внимание на то, каким образом устроено высказывание ВС — краткое оно или развернутое, на какие аргументы опирается суд, по каким поводам и с какой частотой высказывается Верховный Суд по вопросу о негодном субъекте.

Также я обращаюсь к анализу уголовно-правовой литературы, посвященной проблеме «негодного» («ненадлежащего» субъекта). Здесь меня интересует используемый авторами регистр аргументации — формально-правовой или социо-криминологический; имеет значение также устойчивость высказывания во времени по отношению к изменяющейся практике.

## **2. Правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации и уголовно-правовая доктрина о квалификации преступлений с негодным субъектом**

Проблема квалификации с негодным субъектом обнаруживается при обсуждении уголовно-правовой оценки групповых преступлений, должностных и воинских преступлений, неосторожных преступлений со специальным субъектом, ряда преступлений против порядка управления. Этот вопрос вводится также при рассмотрении общетеоретических проблем специального субъекта. При этом, несмотря на употребление общего термина,

совокупность исследований распадается на две не пересекающиеся ветви — проблемы квалификации групповых преступлений с участием лица, не подлежащего уголовной ответственности (которым посвящено большинство статей в периодических изданиях), и вопросы уголовно-правовой оценки преступлений, совершенных ненадлежащим специальным субъектом (которые в меньшей степени привлекают внимание в периодике, но шире рассмотрены в монографических/диссертационных исследованиях).

Для ВС вопрос о (не)допустимости вменения квалифицирующего признака группового совершения преступления, если объективная сторона выполняется совместными действиями «годного» и «негодного» субъектов (взрослый-ребенок, вменяемый-невменяемый), актуализируется в начале 2000-х годов, после того, как один за другим прекратили действие постановления Пленума Верховного Суда РСФСР, содержащие единое правило квалификации преступлений, совершенных группой лиц. В постановлениях от 22.03.1966 г «О судебной практике по делам о грабеже и разбое»<sup>2</sup> и от 22.04.1992 «О судебной практике по делам об изнасиловании»<sup>3</sup> предложено было в качестве группового грабежа, разбоя или изнасилования квалифицировать и те случаи, когда члены группы в силу невменяемости или малолетнего возраста не подлежали уголовной ответственности. Затем в п. 12 Постановления от 27.12. 2002 № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» (в первоначальной редакции) Суд обозначил отказ от этой позиции применительно к группе лиц. В редакции Постановления Пленума от 23.12.2010 № 31 «Об изменении и дополнении некоторых Постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации по уголовным делам» обозначенный вопрос оставлен открытым<sup>4</sup>.

На фоне «молчания» Суда в ключевых постановлениях о судебной практике по уголовным делам об иных видах преступлений особое значение приобретают его решения по конкретным уголовным делам. Одно из них — дело Прокопьева (Постановление Президиума Верховного Суда № 604П04пр)<sup>5</sup>. Прокопьев совершил убийство совместно с Богомоловым. При этом Прокопьев удерживал потерпевшего за руки, а Богомолов по предложению последнего наносил потерпевшему удары ножом.

В Постановлении Президиум оставил без удовлетворения надзорное представление заместителя Генерального прокурора, в котором было указано на

<sup>2</sup> Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда СССР и РСФСР (РФ) по уголовным делам. М., 2000. С. 306.

<sup>3</sup> Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда СССР и РСФСР (РФ) по уголовным делам. С. 419.

<sup>4</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 2. С. 6.

<sup>5</sup> Обзор судебной практики за III квартал 2004 года // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 4. С. 18.

необходимость переквалификации действий Прокопьева с п. «ж» ч. 2 ст. 105 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) на ч. 1 ст. 105 УК РФ. ВС мотивировал свое решение тем, что органы следствия и суд, квалифицируя действия осужденного как совершение убийства группой лиц, не учли, что преступление Прокопьев совершил совместно с лицом, которое признано невменяемым в отношении к инкриминированному ему деянию.

Высказывание Суда начинается прямой отсылкой к закону: «По смыслу закона (ст. 35 УК РФ) убийство признается совершенным группой лиц, когда два или более лица действуя совместно с умыслом, направленным на совершение убийства, непосредственно участвовали в процессе лишения жизни потерпевшего, применяя к нему насилие, причем необязательно, чтобы повреждения, повлекшие смерть, были причинены каждым из них». Далее с указанием на то, что «доводы же, изложенные в надзорном представлении... не основаны на законе», формулируется итоговое решение о правильности квалификаций действий Прокопьева по п. «ж» ч. 2 ст. 105 УК РФ. Если смотреть исключительно на формальное устройство текста, то не аргументированному специально утверждению о несоответствии закону для риторического усиления предшествует толкование текста закона из Пленума ВС от 20.01.1999 № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)»<sup>6</sup> безотносительно свойств лиц, являющихся соисполнителями убийства.

Годом ранее Судебная коллегия ВС по уголовным делам за 2003 год<sup>7</sup> исключила признак «совершение преступления группой лиц» при осуждении Назарова за совершение преступлений группой лиц по предварительному сговору с Никитенко, не подлежавшим уголовной ответственности в силу ст. 21 УК РФ. «Материалами дела установлено и судом признано в приговоре, что Назаров, сидевший на заднем сиденье салона автомашины за Чураковым, накинул на его шею шнур и стал душить, но не довел умысел до конца в связи с тем, что шнур порвался; потерпевшего убил ножом Никитенко». При аргументации своей позиции Судебная коллегия отсылает к ст. 19 УК РФ, толкуя ее в духе концепции личной виновной ответственности: «Назаров должен нести уголовную ответственность только за свои действия, а не за действия Никитенко, признанного в установленном законом порядке невменяемым». В этом случае высказывание строится иначе: тезис об избыточности квалификации подкрепляется толкованием уголовного закона.

Обзор судебной практики Судебной коллегии по уголовным делам за IV квартал 2000 года<sup>8</sup> открывается объединенным выводом из двух постановлений — № 1048 п 2000 по делу Тимиркаева и др. и № 740 п 99 по делу

---

<sup>6</sup> Бюллетень Верховного Суда. 1999. № 3. С. 2.

<sup>7</sup> Бюллетень Верховного Суда. 2004. № 9. С. 22.

<sup>8</sup> Бюллетень Верховного Суда. 2001. № 8. С. 17-20.



Степанова: «Преступление признается совершенным группой лиц по предварительному сговору, если в нем участвовали лица, заранее договорившиеся о совместном его совершении, независимо от того, что некоторые из участвовавших не были привлечены к уголовной ответственности в силу недостижения возраста уголовной ответственности или ввиду невменяемости». Это высказывание содержит лишь формулировку правовой позиции (без развернутой аргументации и без уточнения существа содеянного)<sup>9</sup>.

В теории уголовного права по вопросу квалификации преступлений, совершенных совместно с лицами, не подлежащими уголовной ответственности, четко выделяются две позиции. Первая состоит в том, что совместное выполнение объективной стороны умышленного преступления вне зависимости от наличия/отсутствия уголовно-релевантных свойств у каждого из «содеятелей» требует при квалификации вменения признака «совершение преступления группой лиц» [Галиакбаров Р.Р., 2000: 42–44]; [Рарог А.И., Есаков Г.А., 2002: 51–53]; [Есаков Г.А., 2011: 11–15].

В качестве базового аргумента подобной возможности используется тезис о повышенной общественной опасности деяний, фактически совершаемых в группе, в том числе и в восприятии потерпевшего, при одновременном возрастании эффективности преступной деятельности (предполагается, что некоторые из фактически совершенных преступлений в одиночку вообще не могли бы быть совершены). Особый статус (невменяемость, малолетство) одного из «злоумышленников» не меняет существа содеянного. Используемая представителями этой группы аргументация в значительной степени смещена в социо-криминологический регистр: приводимые ее сторонниками доводы находятся не в сфере уголовного права, а в большей степени в области криминологического учения о механизме совершения преступления. Показательными в этом плане являются рассуждения Р.Р. Галиакбарова: «При ближайшем рассмотрении оказывается, что общественная опасность исполнения насильственного преступления при участии нескольких лиц, когда нести реальную ответственность может лишь один субъект, возрастает за счет способа выполнения посягательства... Для жертвы ... никогда не возникает вопрос, имеются ли здесь признаки соучастия. Она воспринимает себя как жертву именно группового посягательства. Однако наши существующие теоретические представления с этим не считаются. Сложилась ситуация, когда устоявшиеся юридические постулаты вступили в противоречие с реальной жизнью» [Галиакбаров Р.Р., 2000: 42].

<sup>9</sup> Поскольку выражение правовой позиции Верховного Суда — это не только принятие решения, но и особая форма доведения ее до сведения неопределенного круга лиц (путем размещения на официальном сайте или опубликования в Бюллетене Верховного Суда), здесь анализируется текст в том виде, в котором он опубликован в БВС.

Юридическая уязвимость этой точки зрения признается даже ее сторонниками. Так, А.И. Рарог отмечает, что «вряд ли можно теоретически безупречно доказать, что группа лиц как одна из форм соучастия имеется в преступлении, в совершении которого участвовал лишь один субъект наряду с лицами, не обладающими признаками субъекта» [Рарог А.И., 2003: 259–260]. Поэтому он предлагает дополнить УК РФ специальной нормой, регламентирующей ответственность за совершение преступления с участием лиц, не подлежащих уголовной ответственности» (ст. 36.2).

Внутри этой группы есть подразделение на тех, кто рассматривает совершение преступления группой лиц в рамках института соучастия [Рарог А.И., Есаков Г.А., 2002: 51–53]; и тех, кто выделяет «групповой способ» как самостоятельную уголовно-правовую категорию. При этом в работах авторов, рассматривающих групповой способ совершения преступления как самостоятельную категорию уголовного права, формально-юридическая аргументация присутствует минимально (обозначение запроса к законодателю каким-то образом отразить данный уголовно-правовой феномен в тексте закона) [Галиакбаров Р.Р., 2000; 43].

Противоположная точка зрения основывается на строго легалистском подходе: если лицо не обладает необходимыми признаками деликтоспособного субъекта, его фактическое участие в преступлении не имеет значения для квалификации (мягкий вариант — может учитываться при назначении наказания) [Иванов Н., 2006: 29–32]. Порядок аргументации в этом случае находится исключительно в плоскости формального (не)соответствия решения тексту уголовного закона.

Вопрос о «негодном» субъекте в доктрине уголовного права возникает также при обсуждении проблем ответственности за совершение ряда преступлений со специальным субъектом — воинских, должностных, преступлений против порядка управления (ст. 328 УК РФ), против правосудия (ст. 313–314 УК РФ). Эти лица при нормальном порядке осуществления допуска вообще не должны были находиться в ситуации, делающей возможным совершение данным лицом преступления (лицо не должно выполнять функции должностного лица при злоупотреблении полномочиями или получении взятки; не должно находиться на военной службе при дезертирстве или самовольном оставлении части; не должно отбывать наказания в виде лишения свободы при побеге и т.п.).

В п. 21 Постановления Пленума Верховного Суда от 3.04.2008 № 3 «О практике рассмотрения судами уголовных дел об уклонении от призыва на военную службу и от прохождения военной и альтернативной гражданской службы»<sup>10</sup> содержится указание судам постановлять оправдательный

---

<sup>10</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 6. С. 2–5.

приговор за отсутствием в деянии состава преступления при установлении оснований, при которых лицо вообще не могло быть направлено на альтернативную гражданскую службу<sup>11</sup>.

При этом вопрос об уголовно-правовой оценке самовольного оставления части, дезертирства или уклонения от исполнения обязанностей военной службы в ситуации, когда деяние выполняется лицом, незаконно призванным на военную службу или скрывшим обстоятельства, делающим невозможным его поступление на военную службу по контракту, в указанном Постановлении не решен. В доктрине уголовного права по этой проблеме четко обозначены противоположные позиции: 1) лица, неправомерно находящиеся на военной службе, подлежат уголовной ответственности за воинские преступления [Калякин Д.В., 1994: 8]; 2) такие лица уголовной ответственности за воинские преступления не подлежат, так как отсутствие свойств субъекта воинских правоотношений делает невозможным их посягательство на воинский правопорядок [Тер-Акопов А.А., 1981: 50]. При аргументации этой точки зрения подчеркивается имманентная связь признаков специального субъекта и содержания правоотношений, выступающих объектом преступного посягательства.

В постановлении от 29.04.1998 по делу М. Президиум Верховного Суда сформулировал мнение о невозможности признания в качестве субъекта самовольного оставления части или места службы лицо, призванное на военную службу с нарушением закона, при судимости за совершение тяжкого преступления со следующей аргументацией: «Поскольку М. в сфере воинских правоотношений оказался на незаконном основании, он не может быть признан субъектом воинского преступления (уклонения от военной службы)»<sup>12</sup>. Аналогичная аргументация приведена Военной коллегией в определении от 31.03.1998 № 2н-023<sup>13</sup>. Суждение строится от основания к следствию.

Важной в рассматриваемом контексте является позиция, выраженная в Обзоре судебной практики по делам о преступлениях против военной службы и некоторых должностных преступлений, совершаемых военнос-

<sup>11</sup> Разъяснение п. 3 этого же Постановления Пленума относительно ответственности за уклонения от призыва лица в случае, когда до уклонения отсутствовали основания для призыва или имелись основания для освобождения/отсрочки, сознательно исключено из рассматриваемого перечня преступлений с негодным специальным субъектом: сама конструкция диспозиции в ч. 1 ст. 328 УК РФ требует рассматривать отсутствие законных оснований для освобождения от военной службы не как характеристику субъекта, а как условия уголовно-наказуемого бездействия (признак объективной стороны), которые и порождают обязанность действовать определенным образом.

<sup>12</sup> Available at: URL: <http://sudrf.kodeks.ru/rospravo/document/885109972> (дата обращения: 19.10.2016)

<sup>13</sup> Обзор кассационно-надзорной практики Военной коллегии Верховного Суда РФ по уголовным делам за 1998 года // СПС КонсультантПлюс.

лужащими, в отношении субъекта преступлений против порядка несения специальных видов службы (1998). Для этой группы преступлений характерен «специально-конкретный» субъект — военнослужащий, в отношении которого действующим законодательством о воинской обязанности и военной службе установлен ряд дополнительных обязательных условий. «Поэтому, — говорится в Обзоре, — обязательным признаком субъекта любого из преступлений против порядка несения специальных служб (ст. 340–344 УК) является факт приведения военнослужащего к Военной присяге. При отсутствии указанного условия военнослужащие субъектами названных преступлений признаны быть не могут». Далее в Обзоре рассмотрено решение суда Ленинградского военного округа, который при кассационном рассмотрении прекратил уголовное дело по ч. 1 ст. 341 УК РФ в отношении Л. за отсутствием состава преступления, так как Л. после призыва на военную службу присягу не принимал и, соответственно, субъектом рассматриваемого преступления быть не может<sup>14</sup>.

В Обзоре сформулировано единое для данной группы преступлений правило: «Субъектом любого из преступлений данной категории могут быть признаны только те лица, которые назначены для несения той или иной службы в соответствии с действующим законодательством. Несоблюдение нормативно определенного порядка назначения исключает уголовную ответственность за рассматриваемые преступления»<sup>15</sup>. Многочисленные примеры из Обзора подтверждают это положение: при фактическом выполнении объективной стороны и обладании статусом военнослужащего лицо, не обладающее необходимыми дополнительными требованиями для выполнения специальных видов службы (женщины, повар в наряде и т.п.), не признавались в решениях по конкретным делам субъектами соответствующих преступлений<sup>16</sup>. Развернутое высказывание здесь выглядит указанием на условие — юридическое последствие (подкрепленное примерами) — формулирования правила.

Противоположная позиция по вопросу об ответственности «ненадлежащего» специального субъекта сформулирована в п. 6 постановления Пленума Верховного Суда от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и превышении должностных полномочий»<sup>17</sup>: при назначении на должность лица с нарушением законных требований или ограничений при наличии объективных признаков злоупо-

---

<sup>14</sup> Там же.

<sup>15</sup> Там же.

<sup>16</sup> Там же.

<sup>17</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 12. С. 2-6.

требления или превышения полномочиями его действия следует квалифицировать по указанным составам.

При формальном сходстве правовой конструкции (наличие некоторых нарушений/упущений в основаниях/процедуре получения/прекращения специального статуса субъектом преступления) ВС в зависимости от сферы деятельности специального субъекта и контекстуальных особенностей предлагает различные варианты уголовно-правовой оценки — субъект признается надлежащим (в должностных преступлениях) и подлежит ответственности в полном объеме; субъект признается ненадлежащим (воинские преступления против порядка несения специальных видов службы или уклонении от альтернативной гражданской службы) и, таким образом, не подлежит уголовной ответственности.

В теории уголовного права обсуждение вопроса о ненадлежащем специальном субъекте ведется преимущественно в монографических/диссертационных исследованиях специального субъекта в целом, должностных преступлений и преступлений против военной службы. Дискуссия строится вокруг вопроса об основаниях ответственности лица, незаконно включенного в тот или иной круг специальных правоотношений. При этом доводы сторонников противоположных точек зрения носят зеркальный характер. Эти позиции выделяются как в общих работах по специальному субъекту, так и при разработке учения от ответственности в сфере должностных, воинских или иных специальных отношений.

Те, кто считают, что нарушение порядка включения субъекта в круг специальных правоотношений само по себе не имеет уголовно-правового значения, строят свою аргументацию следующим образом: лицо так или иначе уже включено в круг специальных правоотношений, соответственно, на него распространяются все права и обязанности участника подобных правоотношений. До того момента, пока не будет принято юридически значимое решение о незаконности включения лица в круг специальных правоотношений, он подлежит уголовной ответственности в качестве специального субъекта [Осипов А.А., 2004: 17–18].

Важным (особенно в сфере исследования должностных преступлений) для признания лица, включенного в систему специальных правоотношений с нарушением установленных условий, является довод, что лицо в рассматриваемом случае фактически осуществляет полномочия специального субъекта. Именно их невыполнение или злоупотребление ими, фактически порождающее негативные социальные последствия, и является основанием уголовной ответственности [Клепицкий И.А., Резванов В.И., 2001: 44–47].

Сторонники противоположной позиции говорят о том, что незаконное включение лица в круг специальных правоотношений не порождает у по-

следних прав/обязанностей в сфере соответствующих правоотношений, и, соответственно, для них отсутствуют основания уголовной ответственности [Аветисян С.С., 2004: 47–49].

Обращает на себя внимание то, что, в отличие от дискуссии о правилах квалификации групповых преступлений с участием лица, не подлежащего уголовной ответственности, обсуждение вопросов уголовной ответственности ненадлежащего специального субъекта ведется преимущественно в формально-юридическом регистре с подключением доктринального ресурса путем тонкого различения субъекта преступления, субъекта правоотношения и субъекта специального правоотношения.

### **3. Общественная опасность и устройство дисциплинарного общества как условия формирования правовых позиций Верховного Суда**

После обзора решений Суда и профильных научных работ важно акцентировать некоторые моменты, проявившиеся в этом анализе:

1. При определении правовой позиции в некоторых случаях Суд предлагает (развернутую) аргументацию своей позиции, а в некоторых — ограничивается постулированием суждения (это относится в равной мере и к групповым преступлениям, и к преступлениям со специальным субъектом)<sup>18</sup>.

Напомним, подобный способ артикуляции правовой позиции использован в Обзоре судебной практики Судебной коллегии по уголовным делам за IV квартал 2000 года (дело Темирканова, дело Степанова), в Обзоре судебной практики за III квартал 2004 года (дело Прокопьева), в постановлении Пленума от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и превышении должностных полномочий». Напротив, в Обзоре кассационно-надзорной практики Военной коллегии аргументация подробная, развернутая, подтверждаемая примерами; в Обзоре кассационной практики Судебной коллегии по уголовным делам за 2003 год (дело Назарова) Суд формулирует правовую позицию со ссылкой на ст. 19 УК РФ.

2. При обосновании точки зрения о возможности квалификации в качестве групповых преступлений, совершаемых совместно с ненадлежащими субъектами, в доктрине уголовного права активно используются аргументы о повышенной общественной опасности этих преступлений, о восприятии жертвой этих преступлений как групповых, о справедливости оценки данных преступлений как групповых. В то же время обсуждение проблемы не-

---

<sup>18</sup> Речь в данном случае идет не об анализе решений Верховного Суда РФ, на основании которых была сформирована правовая позиция, а том способе, которым Суд сформулировал ее в тексте соответствующего постановления Пленума или обзора судебной практики,

надлежащего специального субъекта ведется преимущественно в формально-юридическом регистре.

3. Заметна дифференциация правовых подходов Суда при оценке преступлений, совершаемых специальными субъектами при нарушениях в порядке поступления на службу, в зависимости от вида службы<sup>19</sup>.

В ходе сопоставления способов формулирования правовой позиции Верховным Судом и ее обоснования в доктрине уголовного права обнаруживается, что отсутствие развернутой аргументации в решениях Верховного Суда соотнесено с ситуациями, когда в доктрине уголовного права эта позиция (квалификация преступления в качестве группового преступления, совместно совершенного с лицом, не подлежащим уголовной ответственности) поддерживается в значительной степени за счет использования доводов не формально-юридического характера, а обоснований, отсылающих к категориям «общественная опасность «справедливость», «фактическое причинение вреда», «восприятие потерпевшим».

Каким образом можно интерпретировать обнаруженную соотнесенность?

Доктринальное обоснование правильности подобной квалификации в значительной степени строится за счет использования «сильной» риторики — повышенной общественной опасности и требования обеспечить справедливость при квалификации содеянного. Ни тот, ни другой доводы не могут быть напрямую положены в обоснование правовой позиции как таковой. Здесь имеет место прямое транспонирование (перенос) доктринальных аргументов, адресуемых, прежде всего, законодателю, в сферу квалификации преступлений — деятельности, которая не требует морально-психологического обоснования, являясь лишь логическим силлогизмом [Кудрявцев В.Н., 1972: 65].

Не прописанные, но имплицитно положенные в основание решения доводы о повышенной общественной опасности содеянного — это невидимая часть айсберга, делающая возможной и приемлемой для профессионального и научного сообщества предлагаемую Верховным Судом квалификацию.

Каковы условия, делающие и формулирование позиции, и ее поддержку возможными? Условия возможности в этом случае — органичный для советского и остающийся значимым для современного российского уголовного права дискурс общественной опасности. Законодательная сборка в ст. 14 УК РФ преступления как формально-материальной категории дает возможность применительно к уголовному праву не только устанавливать противоправность, но и свободно рассуждать об общественной опасности. Здесь можно вспомнить и Руководящие начала по уголовному праву РСФСР (1919) с их пониманием преступления как «действия или бездействия, опас-

<sup>19</sup> Так, если речь идет об альтернативной гражданской службе, лицо, призванное на нее незаконно, не признается должным субъектом на уровне постановления Пленума Верховного Суда РФ; о военной службе — в некоторых случаях на уровне обзоров; применительно к государственной (муниципальной) службе — признается должным субъектом в постановлении Пленума

ного для данной системы общественных отношений», и проект советской криминологии второй половины XX века, работающий, в том числе и на производство эмпирического знания о способах оценки этой опасности, и задачи в практикуме по Общей части уголовного права на оценку деяния как преступного/непреступного, с которых начинается цикл профессионального обучения. Таким образом, в ходе профессионального обучения и профессиональной деятельности постепенно формируется, поддерживается и разделяется не критическая убежденность, что оценка общественной опасности входит в непосредственную задачу правоприменителя.

Из этой точки можно размышлять в двух направлениях, являющихся на данный момент активно обсуждаемыми. Первое — судебное нормотворчество в сфере правоприменения по уголовным делам. Из обозначенной перспективы определяемая дискурсом общественной опасности и справедливости, нормотворческая, по сути, в ряде случаев деятельность ВС становится объяснимой. В ней проявляется внутренняя логика российского уголовного права, в которой адекватность оценки общественной опасности и достижение справедливости доминируют над формальной противоправностью. Второе направление — обвинительный уклон, в котором регулярно упрекают российскую судебную систему. Его базовым объяснительным ресурсом выступает преимущественно институциональная модель: обвинительный уклон — следствие определенным образом выстроенных ведомственным показателей [Волков В.В., 2015: 5–12]. Вместе с тем рациональная логика показателей не объясняет ситуации, аналогичные рассматриваемым в тексте статьи. За этими решениями стоит стремление дать квалификацию, максимально адекватную *фактической* опасности содеянного и на этом этапе обеспечить следование принципу справедливости (в том числе и для потерпевшего) в специфическом послесоветском понимании.

При решении вопроса о квалификации с ненадлежащим специальным субъектом Суд дополнительно не аргументирует свою позицию применительно к должностному лицу. В доктрине уголовного права в отличие от обсуждения проблемы квалификации групповых преступлений при обсуждении вопроса квалификации с ненадлежащим специальным субъектом «сильная» риторика (с эмоциональными и аксиологическими оценками) не используется. Дискуссия строится с использованием формально-юридических аргументов, причем по единым лекалам и для должностных, и для воинских преступлений (объединяющим является признание юридической общности служебных отношений и в том, и в другом случаях). Вопрос о том, что государственная (муниципальная) служба важнее для общества по сравнению с воинской, не ставится. Соответственно, использованная ранее модель объяснения применительно к данной ситуации не работает. Не работает также прямое соотнесение актуального социально-политического кон-



текста и времени формулирования соответствующей позиции Верховным Судом.

На первый взгляд, здесь есть некоторая связь. Правовая позиция о признании должностного лица, поступившего на службу с формальными нарушениями, годным субъектом датируется 2009 годом (соответствующее постановление Пленума) — время интенсификации антикоррупционной кампании. При этом Военная коллегия ВС формировала свою позицию относительно военнослужащих преимущественно в конце 1990-х годов (политика либерализации, прямое применение норм Конституции, в том числе и в сфере военно-уголовных отношений и т.д.).

Вместе с тем обращает на себя внимание, что точечные решения о непризнании специальным субъектом при нарушении порядка или условий возникновения/прекращения специальных правоотношений касаются не только военнослужащих. В первой половине 1990-х гг. ВС сформулировал суждения о признании лица ненадлежащим субъектом такого преступления, как побег из мест лишения свободы. В Обзоре Судебной практики ВС по рассмотрению уголовных дел в кассационном и надзорном порядке в 1995 г. приведено решение Судебной коллегии, отменившей приговор одного из народных судов Республики Коми, которым гражданин был осужден за то, что, отбывая наказание за спекуляцию в колонии-поселении, совершил оттуда побег. Высший судебный орган указал: «Поскольку уголовная ответственность за спекуляцию устранена, то самовольное оставление колонии-поселения, где лицо содержалось незаконно, в данном случае состава преступления не образует»<sup>20</sup>. Основания пребывания лица в колонии отпали, но формальное решение еще не состоялось. Нарушение формального порядка освобождения, по сути, вменялось лицу в качестве побега. В Определении от 7.02.1992 по делу Шувалова высшая судебная инстанция также заключила, что побег из ЛТП незаконно направленного туда лица не образует состава преступления<sup>21</sup>.

Вопрос — внутри какого порядка дискурса производится и поддерживается общность осужденных и военнослужащих? Ответ достаточно очевиден — внутри модернистских представлений о дисциплинарном обществе. Концепт «дисциплинарного общества», предложенный М. Фуко, описывает присущий современному (начиная с XVIII–XIX веков) способ функционирования власти, осуществляемой в ходе рутинной практики воздействия на тело осужденного, рабочего или военнослужащего с целью формирования определенных «удобных» для общества субъектов в определенных типах

<sup>20</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 8. С. 11–12.

<sup>21</sup> Судебная практика по уголовным делам в 2-х частях. Часть 2. Разъяснения по вопросам Общей и Особенной части УК РФ / сост. С.А. Подзоров. М., 2001. С. 227.

дисциплинарных пространств: заключенных в тюрьме, рабочих в пространстве мануфактуры, обучающегося в закрытом колледже, солдат в казарме [Фуко М., 1999: 337–375]. В этом смысле помещение лица в соответствующее пространство оказывается для дисциплинарного общества важным, потому что именно в этом пространстве максимально эффективно обеспечивается производство нужных субъектов. Когда солдат помещается в казарму, рабочий — в пределы фабрики, больной — в пространство больницы, ребенок — в образовательное учреждение, то с применением множественных техник микрофизики власти обеспечивается их эффективное превращение в солдата, рабочего, выздоровевшего, образованного должным образом субъекта.

Соответственно в этой логике находится характерное для модернистского уголовного права установление наказания за побег, уклонения, прогулы применительно к военной службе, отбыванию уголовного наказания и нарушение трудовой дисциплины: если лицо избегает дисциплинирующего воздействия в определенном ему пространстве, его необходимо принудительно поместить в другое дисциплинирующее пространство, в конечном итоге могущее «отформатировать» его в качестве послушного субъекта. Когда же человек попадает в соответствующее дисциплинарное пространство по ошибке (физически непригодный человек оказывается на военной службе), его нахождение в этом пространстве бесполезно и, таким образом, если он его покидает, смысла возвращать индивида в это пространство нет. Должностное лицо в этой системе — агент власти, и важным является его функционирование в таком качестве. Неважно, каков его физический и даже юридический статус. Важно то, что это лицо отправляет функции власти, а не формируется в этом пространстве само по себе. Это лицо не объект, оно субъект власти.

Аргументы, которые используются в науке уголовного права для обоснования правильности признания надлежащим субъектом лица, попавшего на публичную службу с нарушением условий (о фактическом выполнении обязанностей, о причинении вреда), находятся именно в этой плоскости. И, таким образом, различие правил уголовной ответственности должностных лиц и военнослужащих связано в этом смысле с позицией в системе власти, которую они занимают (субъекты власти или объекты применения дисциплинарных практик).

## **Заключение**

Знание с использованием метода дискурс-анализа отличается рядом особенностей. Оно не является универсальным и не претендует на полноту объяснения. Оно всегда фрагментарно (мы никогда не можем узнать все, мы можем узнать лишь кое-что) и контекстуально (это знание не о правовых позициях и не о «негодном» субъекте как о стабильных правовых категори-

ях, а о том, в каком социокультурном контексте Верховный Суд определяет свои правовые позиции по данному вопросу и как след этого контекста обнаруживаются в юридических по форме решениях).

Кому адресовано это знание? Оно производится социальными исследователями (в данном случае — права и правоприменения) для самих социальных исследователей (для того, чтобы что-то дополнительное понять о праве). Но не менее важным подобное знание может оказаться для уголовно-правового сообщества. Это знание традиционно характеризуется как критическое — с особым пониманием критического как возможности индивида занимать в процессе своей деятельности рефлексивную позицию по отношению к тому, что он делает. Важно ли субъекту применения и (или) толкования нормы уголовного закона (судьи, представители научного сообщества) понимать, до какой степени и какое именно влияние на процесс профессиональной деятельности оказывает не отрефлексированное и не проговоренное? Обладание подобным знанием позволяет занимать рефлексивную позицию в отношении себя и своей деятельности, что в случае правоприменения по своим социальным и юридическим последствиям имеет особое значение.



## Библиография

Аветисян С.С. Некоторые вопросы квалификации соучастия в преступлениях с надлежащим специальным субъектом // Закон и право. 2004. N 1. С. 47–49.

Волков В.В. (ред.) Обвинение и оправдание в постсоветской уголовной юстиции: сборник статей. М.: Норма, 2015. 320 с.

Галиакбаров Р. Как квалифицировать убийства и изнасилования, совершенные групповым способом // Российская юстиция. 2000. N 10. С. 40–50.

Есаков Г.А. Квалификация совместного совершения преступления с лицом, не подлежащим уголовной ответственности: новый поворот в судебной практике // Уголовное право. 2011. N 2. С. 10–15.

Иванов Н. Соучастие в правоприменительной практике и доктрине уголовного права // Уголовное право. 2006. N 6. С. 29–32.

Калякин Д.В. Субъект воинского преступления: автореф. дис.... к.ю.н. М., 1994. 19 с.

Клепицкий И.А., Резанов В.И. Получение взятки в уголовном праве России. М.: АРИНА, 2001. 92 с.

Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М.: Юридическая литература, 1972. 352 с.

Кун Т. Структура научных революций. М.: Прогресс, 1977. 300 с.

Лукьяненко С. Непоседа. М.: АСТ, 2010. 480 с.

Осипов А.А. Об ответственности за преступления против порядка пребывания на военной службе военнослужащих, проходящих службу по призыву, неправомерно находящихся на военной службе // Военно-уголовное право. 2004. N 2. С. 11–19.

Рарог А.И., Есаков Г.А. Понимание Верховным Судом РФ «группы лиц» соответствует принципу справедливости // Российская юстиция. 2002. N 1. С. 51–53.

Тер-Акопов А.А. Правовые основания уголовной ответственности военнослужащих. М.: Издательство Военного института, 1981. 522 с.

Фуко М. Археология знания. СПб.: Университетская книга, 2004. 416 с.

Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М.: Ad Marginem, 1999. 480 с.

---

## **Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1**

### **Legal Positions of the Supreme Court of Russian Federation on the Crime Qualification with a “Irrelevant” Subject: a Discourse Analysis**



**Anna Razogreeva**

Associate Professor, Department of Law, Southern Federal University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 105/42 Bolshaya Sadovaya Str., Rostov-na-Dony 344006, Russia. E-mail: a.razogreeva@gmail.com



#### **Abstract**

The object of the research in the article is the set of key decisions of the Supreme Court of Russian Federation on the issues of crime qualification committed together with a person not subject to criminal liability, as well as an inappropriate special subject. The author justifies the possibility and indicates the limits of the application of the methodology of discourse analysis in the field of criminal law enforcement. Using the archaeological method of M. Foucault, an attempt is made to reveal the influence of the social and political context on the essence, the order of argumentation and the form of legal positions determined by the highest court instance. The article puts forward and maintains the opinion that the recognition of a public danger discourse that dominates the Russian criminal law doctrine has a significant impact on the recognition of the possibility of qualifying a crime committed together with an “useless” subject. The absence of detailed argumentation in decisions of the Supreme Court considering the commission of a crime together with a person not subject to criminal responsibility as a group of persons is associated with a doctrinal position about the possibility and acceptability of such qualification based on strong rhetoric of danger and justice. Significant differentiation of the approaches of the Supreme Court in assessing the possibility of recognizing various categories of special subjects as appropriate (officials, military personnel, persons performing alternative civilian service, convicted persons) who have violated the basis or did not follow the procedure for establishing special relations with the state regarding service or serving a sentence, is explained with use of M. Foucault disciplinary society concept. The distinction established in their decisions of the rules of criminal responsibility of officials who are recognized as subjects, servicemen with respect to which they have a specific practice of not recognizing them as special subjects, and persons performing alternative civilian service who are not recognized as subjects is bound by In this sense, with the position in the system of power that they occupy (subjects of power or objects of application of disciplinary practices).



#### **Keywords**

legal position, inappropriate subject, special subject, official, archeology of knowledge, public danger, military man, criminal law.

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

**For citation:** Razogreeva A.M. (2020) Legal Positions of the Supreme Court of the Russian Federation on Crime Qualification with a “Irrelevant” Subject: A Discourse Analysis. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 211–229 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.211.229



## References

- Avetisyan S.S. (2004) Some questions of qualification of complicity in crimes with an improper special subject. *Zakon i pravo*, no 1, pp. 47–49 (in Russian)
- Esakov G.A. (2011) Qualification of a joint commission of a crime with a person not subject to criminal liability: a new twist in judicial practice. *Ugolovnoye pravo*, no 2, pp. 10–15 (in Russian)
- Foucault M. (2004) *Archeology of knowledge*. Saint Petersburg: University, 416 p. (in Russian)
- Foucault M. (1999) *Oversee and punish. The birth of a prison*. Moscow: Ad Marginem, 480 p. (in Russian)
- Galiakbarov R. (2000) How to qualify murders and rape committed in a group way. *Rossiyskaya ustitcia*, no 10, pp. 40–50 (in Russian)
- Ivanov N. (2006) Participation in law enforcement practice and the doctrine of criminal law. *Ugolovnoye pravo*, no 6, pp. 29–32 (in Russian)
- Kalyakin D.V. (1994) Subject of war crime. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 19 p. (in Russian)
- Klepitsky I.A., Rezanov V.I. (2001) *Receiving a bribe in the criminal law of Russia*. Moscow: ARiNA, 92 p. (in Russian)
- Kudryavtsev V.N. (1972) *General theory of crime qualification*. Moscow: Juridicheskaya literatura, 352 p. (in Russian)
- Kun T. (1977) *The Structure of Scientific Revolutions*. Moscow: Progress, 300 p. (in Russian)
- Lukianenko S. (2010) *The Fidget*. Moscow: Act, 480 p. (in Russian)
- Osipov A.A. (2004) Responsibility for crimes against the order of persons serving illegally in the military service. *Voyenno-ugolovnoe pravo*, no 2, pp. 11–19 (in Russian)
- Rarog A.I., Esakov G.A. (2002) Understanding of the “group of persons” by Russian Supreme Court corresponds to the principle of justice. *Rossiyskaya justitcia*, no 1, pp. 51–53 (in Russian)
- Ter-Akopov A.A. (1981) *Legal grounds for criminal liability of military personnel*. Moscow: Military Institute, 522 p. (in Russian)
- Volkov V.V. (2015) *Accusation and acquittal in post-Soviet criminal justice*. Moscow: Norma, 320 p. (in Russian) 233–265

# Иммиграционное задержание: международно-правовая основа и национальное регулирование (сравнительно-правовое исследование)

---

 **О.Н. Шерстобоев**

Доцент, кафедра административного, финансового и корпоративного права Новосибирского государственного университета экономики и управления, кандидат юридических наук. Адрес: 630099, Российская Федерация, Новосибирск, ул. Каменская, 56. E-mail: sherson@yandex.ru

---

## **Аннотация**

Задержание иностранных граждан, ожидающих высылки из страны, является действенной мерой, обеспечивающей исполнение высылки. Эта мера применяется разными странами, и, поскольку она ограничивает важные личные права и свободы, ее реализация вызывает дискуссии как среди официальных властей, так и ученых. В частности, обсуждаются наименование данной меры, ее основания, процедура осуществления, максимальные сроки ограничения свободы. В статье проводится сравнительно-правовое исследование, анализируются законодательство и судебная практика, юридическая доктрина России, ФРГ, США, Соединенного Королевства, Италии. Сопоставляются также правовые позиции Европейского суда по правам человека и Конституционного Суда Российской Федерации. Исследование демонстрирует сходство проблем иммиграционного задержания в разных странах, а также специфические решения, предлагаемые разными законодателями. Делаются выводы, что ограничение свободы в ожидании высылки уместно именовать иммиграционным задержанием, при его назначении следует учитывать специфику каждого дела, опираться на ряд основополагающих конституционных принципов. Основными началами в этом случае выступают принцип пропорциональности и защита доверия, которые не всегда последовательно применяются российскими судами. Задерживать нужно действительно опасных иностранцев, а также лиц, могущих скрыться от высылки и незаконно остаться в стране пребывания. Важно, чтобы иммиграционные власти придерживались цели иммиграционного задержания, не подменяя ее и не используя данную меру в иных целях. Нужно избегать формального подхода при назначении иммиграционного задержания, при котором его содержание сводится к совокупности процедурных действий, исключая индивидуальный подход к каждому случаю. При этом ограничивать максимальный срок иммиграционного задержания нецелесообразно. Ограничение свободы может быть длительным по причинам, не зависящим от участников правоотношений. Тем не менее следует предусмотреть возможность освобождения иностранцев, высылка которых не может быть осуществлена. Поэтому в иммиграционном законодательстве требуется закрепить меры, альтернативные иммиграционному задержанию.

---



## **Ключевые слова**

иностранцы граждане, иммиграционное задержание, депортация, административное выдворение, права человека, исполнительная власть, судебный контроль.

---

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

**Для цитирования:** Шерстобоев О.Н. Иммиграционное задержание: международно-правовая основа и национальное регулирование (сравнительно-правовое исследование) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. №1. С. 230–261.

УДК: 34.023

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.230.261

## **Введение**

Проблема нелегальной миграции актуальна в России, которая значителен среди лидеров по количеству нелегальных иммигрантов. Иммиграционное задержание в такой ситуации становится привлекательным средством противодействия устремлениям иммигрантов-нарушителей, и в российском законодательстве этот вид лишения свободы регулируется довольно широко.

Предметом статьи является иммиграционное задержание как самостоятельная мера административного принуждения, тесно связанная с высылкой нелегальных иммигрантов. Представляется, что иммиграционное задержание не должно рассматриваться как обязательное следствие решения о высылки иностранного гражданина, оно является самостоятельной мерой воздействия на иммигрантов, ожидающих высылки, и должна иметь самостоятельные основания применения, пределы воздействия на права и свободы. В связи с этим следует рассмотреть сущность иммиграционного задержания, его место среди смежных мер государственного принуждения. Большое значение имеет исследование легальной цели этой меры, что позволит определить исходные критерии разграничения иммиграционного задержания, отделить его от иных мер административного принуждения. Определив границу реализации иммиграционного задержания, важно сформулировать возможность закрепления в законодательстве и применения альтернативных мер, способных заменить ограничение свободы в тех случаях, когда оно невозможно.

Помимо традиционных методов юридического исследования (формально-юридический метод, специально-юридический метод и др.), исследование опирается на сравнительно-правовую методологию. Иммиграционное задержание с точки зрения его процедуры реализуется примерно одинаково во всех странах, но каждая страна по-своему решает отдельные задачи, свя-

занные с основаниями ограничения свободы, возможностью освобождения лица, ожидающего принудительного выезда за рубеж. Поэтому изучение опыта разных стран полезно для любого правового порядка, а выявление позитивных черт правового регулирования в разных странах позволит сформулировать общий подход, определяющий иммиграционное задержание, который окажется приемлемым для разных стран.

## **1. Понятие иммиграционного задержания**

В разных странах установлены собственные легальные определения для обозначения кратковременного лишения свободы в ожидании высылки. Лексическое значение официального термина соответствует стремлению государства подчеркнуть его сущность, выделить среди смежных юридических конструкций.

Свобода иностранных граждан, ожидающих высылки за пределы принимающего государства, может быть ограничена. Данная мера распространена во многих странах, поскольку позволяет принудительно удалить нежелательного иностранца из страны. Она логична и в целом допускается конституционными нормами и международными принципами. Однако сомнению не подвергается лишь ее допустимость, а ее цели, основания, объем применения, режим осуществления дискутируются. Получается, что для помещения высылаемых в специальные учреждения до высылки требуется тщательная проработка значительного количества аспектов, определяющих правовой режим данной меры.

Об этом свидетельствует терминология, с помощью которой она закрепляется в законодательстве. Государства часто предпочитают дефиниции, разработанные специально для данной меры административного принуждения. Для ее обозначения используются слова, буквальное значение которых могло бы «смягчить» ее действительное содержание, прямо не указывая на ограничение свободы иностранных лиц. На данное обстоятельство обращает внимание А. Спена, характеризуя официальный итальянский понятийный аппарат, в котором иммиграционное задержание обозначается как «поселение без строгого задержания», помещение «под защиту». В Италии, подчеркивает ученый, с середины 1990-х гг. власти никогда не употребляли термин «задержание», заменяя его более нейтральными, общими словами: «принятие», «удерживание» в соответствующих центрах [Spina A., 2016: 204–205]. Этот подход, как отметил М. Савино, является слишком формальным, поскольку власти прямо не указывают на лишение свободы, а подчеркивают лишь размещение лиц в помещениях [Savino M., 2016: 990]. Аналогичную позицию США отметил Ц. Хернандес. Он указал на разнообразие



мест содержания иностранцев, среди которых имеются «среды безопасности». Мера воздействия на иностранных лиц, по его словам, часто именуется «гражданским задержанием», что призвано свидетельствовать его более щадящий режим по сравнению с наказанием [Hernández G., 2014: 1414].

По Закону СССР «О правовом положении иностранных граждан в СССР» уклоняющиеся от принудительного выезда лица подлежали именно «задержанию»<sup>1</sup>. В действующем законодательстве используется менее выраженный термин. В ст. 35.1 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. от 27.12.2019) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» (далее — ФЗ «О правовом положении иностранных граждан») предусматривается «содержание иностранных граждан в специальных учреждениях». Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях также закрепляет «содержание в специальном учреждении» (ч. 5 ст. 3.10; далее — КоАП). При этом задержание как кратковременное ограничение свободы рассматривается в качестве самостоятельной меры административно-процессуального обеспечения — административного задержания (ст. 27.3). Получается, что иностранец, подлежащий административному выдворению, формально не задерживается.

Конечно, использование определенных слов еще не подтверждает официальную позицию о смысле отдельных правовых конструкций, особенно ограничивающих права и свободы. Нельзя «жонглировать» фразами с целью сокрытия их истинного предназначения. Такая логика ведет в тупик, поскольку смена названия при сохранении сущности свидетельствует лишь о стремлении выдавать желаемое за действительное, выставлять ложные, но вполне проверяемые цели регулирования<sup>2</sup>. Например, такая вербальная формула, как «центр временного размещения» сама по себе не свидетельствует о неременном ограничении свободы. С ее помощью государства могут обходить жесткие конституционные и международные стандарты. Но имеется и иное объяснение — статус иностранцев как довольно уязвимой группы лиц часто регулируется специальными правилами, условно образующими иммиграционное право. В нем привычные правовые конструкции преобразуются с целью дополнительной защиты прав и интересов данной

<sup>1</sup> Ч. 2 ст. 30 Закона СССР от 24.06.1981 N 5152-X «О правовом положении иностранных граждан в СССР» // Ведомости ВС СССР. 1981. N 26. Ст. 836.

<sup>2</sup> О древности проблемы свидетельствует доктрина исправления имен Конфуция. Известное изречение из главы XVIII книги «Лунь юй»: «Если имена неправильны, то слова не имеют под собой оснований. Если слова не имеют под собой оснований, то дела не могут осуществляться. Если дела не могут осуществляться, то ритуал и музыка не процветают. Если ритуал и музыка не процветают, наказания не применяются надлежащим образом. Если наказания не применяются надлежащим образом, народ не знает, как себя вести. Поэтому благородный муж, давая имена, должен произносить их правильно, а то, что произносит, правильно осуществлять». См.: [Конфуций, 2001: 98].

категории субъектов. В частности, меры принуждения, применяемые в общем порядке, здесь подвергаются более тщательному регулированию с точки зрения пребывания в местах ограничения свободы, реализации прав задержанных, процедуры исполнения акта о высылке из страны. Таким образом, иные формулировки могут подчеркивать не столько желание скрыть действительное ограничение прав, сколько гарантировать их реализацию. В данной трактовке истинный смысл правовых норм заключается в их содержании и не всегда прямо соотносится с буквальным звучанием нормы-дефиниции, которое подчеркивает лишь принадлежность к понятийному аппарату иммиграционного законодательства.

Так, анализ российских правил не оставляет сомнения, что «содержание в специальном учреждении» — это ограничение свободы. В частности, в ч. 1 ст. 35.1 ФЗ «О правовом положении иностранных граждан» подчеркивается, что такие иностранцы не могут свободно передвигаться, самовольно оставлять помещение. Аналогичные последствия влечет и административное задержание, определяемое как кратковременное ограничение свободы (ч. 1 ст. 27.3 КоАП). Российская доктрина во многом сформировалась под влиянием Постановления Конституционного Суда от 17.02.1998 N 6-П<sup>3</sup>. Задержание в ожидании выдворения рассматривается в нем как частное проявление задержания, которое упоминается в ч. 2 ст. 22 Конституции. Оно также связывается с запретом на произвольный арест или задержание ст. 9 Всеобщей декларации прав человека (1948)<sup>4</sup>, ч. 1 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966)<sup>5</sup>. В связи с этим Конституционный Суд подчеркивает, что рассматриваемая мера воздействует именно на свободу и личную неприкосновенность высылаемых из страны иностранцев.

В некоторых зарубежных источниках права также используются термины, сопоставимые с русским словом «задержание». Например, в Законе ФРГ о проживании, занятости и интеграции иностранцев на федеральной территории (2004) (*Aufenthaltsgesetz — AufenthG*) устанавливается задержание в ожидании высылки (*Abschiebungshaft*)<sup>6</sup>. Иностранные граждане помеща-

<sup>3</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 17.02.1998 N 6-П «По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 31 Закона СССР от 24.06.1981 «О правовом положении иностранных граждан в СССР» в связи с жалобой Яхья Дашти Гафура // СЗ РФ. 1998. N 9. Ст. 1142.

<sup>4</sup> Всеобщая декларация прав человека, принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948 // Российская газета. 1995. N 67.

<sup>5</sup> Международный пакт о гражданских и политических правах, принят 16.12.1966 Резолюцией 2200 на пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. N 17. Ст. 291.

<sup>6</sup> Это термин состоит из двух слов: *Abschiebung* — высылка; *Haft* — задержание, арест, лишение свободы. На сайте Министерства юстиции ФРГ приводятся тексты Закона на немецком и английском языках. Немецкий термин *Abschiebungshaft* здесь переведен на английский как *Custody awaiting deportation*, что буквально означает задержание (арест) в ожидании депортации.

ются под стражу, содержатся в специальных учреждениях, их свобода ограничивается, но им следует обеспечить контакт с представителями, членами семьи, консульскими органами и организациями, оказывающими помощь и поддержку<sup>7</sup>. В законодательстве США также применяется термин «задержание» (detention). Указывается, что генеральный прокурор задерживает иностранца в течение периода удаления, а в ряде случаев он «ни при каких обстоятельствах» не освобождает его до фактической высылки из Соединенных Штатов<sup>8</sup>. Этот же термин используется для обозначения меры принуждения, ограничивающей свободу иммигрантов, ожидающих удаления из Великобритании. Задержанию посвящена часть 4 «Задержание и удаление» Закона о гражданстве, иммиграции и убежище (2002). Например, норма §65 закрепляет статус центров, которые осуществляют «функции лишения свободы»<sup>9</sup>. Лица, помещенные здесь, подлежат фотографированию, проверке на употребление наркотиков, им запрещается покидать центры, они не могут получать какие-либо вещи, не предусмотренные правилами содержания<sup>10</sup>.

Получается, что ограничение свободы лиц, ожидающих высылки из принимающего государства, — довольно распространенная мера. Как бы ее ни именовали в национальном законодательстве, она существенно обременяет права иностранных граждан и по своей природе представляет административное задержание, т.е. меру принуждения, направленную на обеспечение высылки за рубеж. В литературе имеется устойчивый термин для ее обозначения — иммиграционное задержание. Он довольно точно характеризует исследуемую меру.

Например, Д. Коул рассматривает известную в странах общего права проблему ограничения принципа надлежащего процесса в условиях иммиграционного задержания [Cole D., 2002: 1003–1004]. В этом же ключе мнение А. Синха, связывающей ослабление процессуальной защиты удаляемых из страны иностранцев с вероятностью «произвольного задержания» [Sinha A., 2017: 77–84]. С. Ландби утверждает, что иммиграционное задержание является относительно новой, но все более нормализуемой практикой в Европе, составляя часть европейского миграционного режима [Lundby S., 2015: P. 7]. О несовершенстве процедуры иммиграционного задержания пишет также А. Спена [Spena A., 2016: 204–205]. Перечень мнений авторов из разных стран

<sup>7</sup> §§ 62 (1), 62a (2) AufenthaltG. Available at: [http://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg\\_2004/](http://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/) (дата обращения: 10-12-2017)

<sup>8</sup> 8 USC § 1231 (a) (2) Detention. Available at: <http://law.onecle.com/uscode/8/1231.html> (дата обращения: 10-12-2017)

<sup>9</sup> Sec. 66 of Nationality, Immigration and Asylum Act 2002. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/41/section/66> (дата обращения: 10-12-2017)

<sup>10</sup> Sec. 155(2) of Immigration and Asylum Act 1999. Available at: [http://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/immigration\\_and\\_asylum\\_act\\_1999\\_en\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/immigration_and_asylum_act_1999_en_1.pdf) (дата обращения: 10-12-2017)

демонстрирует не только устойчивость термина, но и однородные вопросы, которыми озабочены, пожалуй, все страны, принимающие иностранцев.

## 2. Правовая природа иммиграционного задержания

Чаще всего звучат претензии к основаниям ограничения свободы в ожидании высылки, процедуре и срокам реализации этой меры, полноте судебной защиты прав высылаемых лиц. Причины критики во многом видятся в юридической природе иммиграционного задержания. Безусловно, оно является частью административного принуждения, поэтому уместно привести несколько обобщающих утверждений. По мнению М.И. Еропкина, характер административного принуждения определяется «видом обеспечиваемых отношений», а основанием для классификации его проявлений выступает «способ административно-правовой защиты правопорядка» [Еропкин М.И., 2010: 77]. Но в конечном итоге первичным элементом, с которого следует начинать анализ сущности любой административно-принудительной меры, выступает ее цель. Она указывает на предназначение меры, т.е. определяет вид социальных связей, которые обеспечивает, а также способ их защиты. Л.Л. Попов и А.П. Шергин дали следующее определение такого предназначения: «Все меры административного принуждения применяются для того, чтобы побудить, заставить субъекта совершить те или иные действия или воздержаться от них, либо подчиниться установленным правоограничениям» [Попов Л.Л., Шергин А.П., 1975: 23].

Если очертить круг таких деяний, то без труда можно будет уяснить, зачем законодатель ввел каждую принудительную меру. Пожалуй, любое рассуждение о цели иммиграционного задержания начинается с утверждения, что ограничение свободы иностранцев, ожидающих высылки, является не наказанием, а следствием высылки независимо от ее причины. В целом это очевидное заключение не должно подвергаться серьезному сомнению. Даже термин, который используется для обозначения иммиграционного задержания, не ассоциируется с мерой юридической ответственности, но чаще всего свидетельствует о предупредительном назначении. Например, в англоязычной доктрине ограничение свободы в ожидании высылки может именоваться превентивным задержанием (*preventive detention*) и ассоциироваться с группой мер административного принуждения, направленных на недопущение совершения правонарушений опасными лицами [Cole D., 2002: 1004].

С. Легомски обозначил три теории, которыми оперируют власти США, обосновывая иммиграционное задержание. Две первых предназначены, соответственно, для сведения к нулю риска побега иностранного гражданина, стремящегося скрыться от компетентных органов и остаться в стране, и

предотвращению правонарушений опасных для правопорядка иностранцев. Цель третьей доктрины — «сдерживание» уровня иммиграционной деликтности. Все теории сочетаются друг с другом и имеют практическое воплощение; первая и вторая встраивают задержание выслаемых лиц в систему уголовно-процессуальных (в российском варианте — административно-деликтных — О.Ш.) координат, а последняя отражает проблемы эффективности государственного управления в иммиграционной сфере [Legomsky S., 1999: 536]. В любом случае законодатель и правоприменители сходятся на превентивной цели иммиграционного задержания. Вопрос лишь в том, какие деяния предотвращаются ограничением свободы.

В отечественной литературе иммиграционное задержание субъектов, ожидающих административного выдворения или депортации, также не связывается с наказанием, предназначение такой меры серьезно не дискутируется. Так, А.И. Каплунов отмечает, что наиболее распространенными основаниями применения превентивных мер административного принуждения являются юридические презумпции. Такие меры реализуются не в силу абстрактных умозаключений, а вследствие обстоятельств, при которых возможно совершение либо правонарушения или объективно-противоправного деяния, либо причинение вреда [Каплунов А.И., 2005: 236]. Об этом же свидетельствуют нормы права. Так, «содержание в специальном учреждении» не находится в перечне административных наказаний, а представляется мерой административно-процессуального обеспечения; основания и процедура его назначения принципиально отличаются от аналогичных конструкций, разработанных для мер юридической ответственности; сроки такого ограничения свободы также не коррелируются с каким-либо правонарушением. Конституционный Суд также четко разделил наказание и задержание иностранных граждан с целью обеспечения исполнения постановления об административном выдворении<sup>11</sup>.

Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) неоднократно предупреждал власти государств о необходимости строгого оформления иммиграционного задержания, чтобы избежать превращения его в меру юридической ответственности. В частности, указывалось, что «содержание под стражей в целях высылки не должно иметь карательного характера и должно сопровождаться соответствующими гарантиями». Задержание как превентивная мера не должна быть более суровой, чем мера ответственности, предусматривающая лишение свободы<sup>12</sup>. Позиция ЕСПЧ по вопросам

<sup>11</sup> Пункт 6 Постановления Конституционного Суда РФ от 17.02. 1998 N 6-П // СЗ РФ. 1998. N 9. Ст. 1142.

<sup>12</sup> П. 172 Постановления ЕСПЧ от 18.04. 2013 по делу «Азимов против Российской Федерации» (жалоба N 67474/11) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2014. N 3.

иммиграционного задержания довольно сдержанна. В соответствующих актах Суд ссылается на ст. 5 п. 1(f) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), обращая внимание на то, что от властей требуется лишь должным образом осуществлять высылку. Если этого не происходит «с должной тщательностью, задержание перестает быть допустимым»<sup>13</sup>. По делам с участием России ЕСПЧ часто отождествляет «помещение иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению за пределы Российской Федерации в форме принудительного выдворения за пределы Российской Федерации, в специальные учреждения» и «административное задержание»<sup>14</sup>. Такой подход нельзя признать полностью оправданным. Все-таки это две разные меры административно-процессуального обеспечения. Как минимум, реализация выдворения диктует особый подход к исчислению периода ограничения свободы высылаемых, применяемого в обеспечительном значении. Тем не менее ЕСПЧ уловил суть обеих мер, подчинив их единому международному требованию, запрещающему произвольное задержание.

Тезис о важности разграничения наказания и иммиграционного задержания неизменно встречается в трудах ученых, в актах высших национальных судов, а также органов международной юстиции. Несмотря на очевидность этой идеи, озабоченность этой проблемой закономерна. Так, авторы проведенного в Нидерландах исследования назвали три главных причины, при которых можно говорить о сходстве иммиграционного задержания и уголовного наказания: 1) сходство правовых режимов их реализации; 2) восприятие высылаемыми, оценивающими ограничение своей свободы как вид наказания; 3) заявления некоторых политиков о том, что помещение иммигрантов под стражу подразумевает давление на них с целью вытеснения из страны [Leerkes A., Кох М., 2017: 895–896]. Последнее предназначение, правда, все-таки нельзя отождествлять с теорией уголовной ответственности, но и доктрина административного права такого утверждения не описывает. Видимо, авторы пытались продемонстрировать возможное расхождение между легальным и действительным значениями меры административного принуждения. В целом идея искажения истинного предназначения меры, предусматривающей содержание иностранцев в ожидании высылки в специальных помещениях, довольно распространена в доктрине, а также встречается в правоприменительных актах ряда стран.

---

<sup>13</sup> П. 113 Постановления ЕСПЧ от 15.11.1996 по делу «Чахал против Соединенного Королевства» (жалоба №22414/93). Available at: [http://european-court.ru/uploads/ECHR\\_Chahal\\_v\\_the\\_United\\_Kingdom\\_15.11.1996.pdf](http://european-court.ru/uploads/ECHR_Chahal_v_the_United_Kingdom_15.11.1996.pdf) (дата обращения: 25-12-2017); в решении есть ссылки на правовые позиции, сформулированные в следующих делах: Решение по делу «Куинн против Франции» от 22.03.1995; Решение по делу «Коломпар против Бельгии» от 24.09.1992.

<sup>14</sup> П. 37 Постановления ЕСПЧ от 06.12.2007 по делу «Лю и Лю против Российской Федерации» (жалоба N 42086/05) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2008. N 8.

### **3. Иммиграционное задержание и его цель: проблема искажения цели**

Подмене надлежащей цели способствует схожесть иммиграционного задержания с иными мерами административного принуждения, а также широкая дискреция, оставленная органам, определяющим вопросы высылки, неопределенность периода нахождения иностранцев в соответствующих учреждениях, расплывчатость некоторых нормативных предписаний. Иными словами, высылаемым часто предоставляется меньший набор юридических гарантий, чем лицам, свобода которых ограничивается по иным основаниям. Данную проблему рассматривает Д. Коул. Пользуясь относительной свободой усмотрения, как он пишет, исполнительная власть, применяя иммиграционное задержание, может решать не иммиграционные проблемы. В США особенно ярко этот прием был продемонстрирован после террористических актов 11.09.2001 в Нью-Йорке. По свидетельству автора, «по осторожной оценке, правительство арестовало около 1500–2000 человек...». Однако на ноябрь 2002 г. лишь единицы были обвинены в каких-либо преступлениях. Свобода большинства из них была ограничена по «иммиграционным обвинениям», и часто вменяемые правонарушения при обычных условиях вообще не предполагали применения иммиграционного задержания [Cole D., 2002: 1004–1005]. Иными словами, государство воспользовалось тем, что свободу нарушителей норм о правовом положении иностранных граждан допускается ограничивать на довольно продолжительные сроки. В итоге органы, проверяя нарушения иммиграционных правил, проводили параллельное расследование, выявляя причастность иностранцев к террористической деятельности.

Аналогичная, но еще более показательная проблема обозначилась после сентября 2001 г. в практике Великобритании. Актом Парламента от 14.12. 2001 министр внутренних дел получил полномочие оформлять сертификат на подозреваемых в связях с террористами иностранцах. После этого они лишались свободы на период «до устранения угрозы». Они не имели возможности получить исчерпывающую информацию о своем деле, не могли обжаловать министерский акт в общем судебном порядке<sup>15</sup>. Причем такому воздействию подвергались субъекты, которые не могли быть высланы из страны. Их задержание преподносилось как альтернатива высылки. Британские власти поступили честно, они раскрыли истинное предназначение используемой меры, не прикрывались надуманными основаниями ограничения свободы опасных с их точки зрения иммигрантов. Фактически органы власти вос-

<sup>15</sup> Part 4 of Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001. Available at: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/pdfs/ukpga\\_20010024\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/pdfs/ukpga_20010024_en.pdf) (дата обращения: 30-12-2017)

пользовались юридической конструкцией иммиграционного задержания, но видоизменили его цель, в итоге сформировав его новую разновидность. Вместо привычного и известного многим правопорядкам ограничения свободы в ожидании высылки они создали инструмент, позволяющий задерживать на неопределенный срок иностранцев, подозреваемых в терроризме, удаление которых из страны затруднено, а может быть и невозможно<sup>16</sup>.

В России соотношение должной и реальной целей высылки не дискутируется. Это предопределяется консенсусом в обществе и на политическом уровне. Помещение выслываемых в специальные учреждения имеется в законодательстве, что является реакцией на многочисленную нерегулируемую иммиграцию, которая не приветствуется обществом<sup>17</sup>. Можно также предположить, что слабая актуализация проблемы объясняется неразвитостью доктрины. Тем не менее отдельные свидетельства о смещении целей иммиграционного задержания имеются. Сразу нужно отметить, что они связаны с неправильно понятой целью, с неосуществлением отдельными должностными лицами своих полномочий в необходимом объеме. Самым показательным в этом ряду является дело Р.А. Кима, лица без гражданства, который находился в центре временного размещения в ожидании выдворения более двух лет. В течение этого периода администрация центра пыталась выяснить, являлся ли он гражданином Узбекистана, периодически направляя запросы в посольство данной республики. ЕСПЧ обратил внимание, что первый запрос был направлен четыре месяца спустя после помещения Кима под стражу. Затем было еще четыре обращения; узбекские власти отреагировали только на последнее, сообщив, что о таком гражданине им не известно. Лишь спустя некоторое время после ответа апатрид был освобожден<sup>18</sup>.

Вероятно, в данном деле компетентные субъекты не исполнили надлежащие свои полномочия. Уже ограничение свободы данного лица вызывает вопросы. Он проживал на российской территории с 1990 г. и был «обнаружен» миграционным органом в 2011 г. Сведений, что Ким более 20 лет скрывался от властей и вел асоциальный образ жизни, в деле не имелось. Не исследо-

---

<sup>16</sup> Положения Закона 2001 г. не действуют, его положения были заменены менее обременительным Законом о предупреждении терроризма 2005 г., на смену которому, в свою очередь, пришел Закон о предотвращении терроризма и мерах расследования 2011 г. См.: Prevention of Terrorism Act 2005. Available at: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/2/pdfs/ukpga\\_20050002\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/2/pdfs/ukpga_20050002_en.pdf) (дата обращения: 30-12-2017); Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011. Available at: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/pdfs/ukpga\\_20110023\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/pdfs/ukpga_20110023_en.pdf) (дата обращения: 30-12-2017)

<sup>17</sup> Например, опрос жителей России, проведенный Левада-Центром в июле 2017 г., продемонстрировал увеличение неприятия мигрантов, по сравнению с предыдущими годами. 58% опрошенных высказались за ограничение потока трудовых мигрантов. Available at: URL: <https://www.levada.ru/2017/08/23/16486/> (дата обращения: 15-01-2018)

<sup>18</sup> Judgment of ECHR 17 July 2014 of Case of Kim v. Russia (Application no. 44260/13). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145584> (дата обращения: 30-12-2017)



валась вероятность того, что он попытается скрыться от органов с целью остаться в России на «нелегальном положении». Видимо, заинтересованные в деле властные субъекты не входили в положение этого человека, зная формальную позицию, что его в любом случае следует поместить под стражу. Цель задержания здесь совсем не исследовалась. ЕСПЧ, анализируя поведение администрации, заключил, что должностные лица руководствовались не столько интересами задержанного или требованиями законодательства, сколько собственным «административным комфортом»<sup>19</sup>.

Аналогичная ситуация прослеживается еще в одном деле, рассмотренном в ЕСПЧ («Азимов против России»). Указанное дело касалось экстрадиции иностранного гражданина в Таджикистан. Его свобода была ограничена в целях выдачи, но власти не уложились в срок, на который допускается такое задержание. Поэтому по его истечении было возбуждено дело о нарушении иммиграционных правил, которое завершилось назначением административного выдворения, сопровождавшегося помещением лица в специальное учреждение. ЕСПЧ пришел к выводу, что «власти злоупотребляли своими полномочиями по применению «содержания под стражей в целях высылки» и что новое основание содержания под стражей было привлечено прежде всего с целью обхода требований национального законодательства». Суд обратил внимание на то, что российские органы, осуществлявшие производство по экстрадиции, не могли не знать о нелегальном статусе субъекта, но соответствующее дело было возбуждено лишь после прекращения срока, отведенного для задержания экстрадируемых лиц. Интересно, что данный прием использовался по «совету» областного суда, рассматривавшего казус, на что также обратил внимание ЕСПЧ<sup>20</sup>.

Здесь не было явной подмены цели иммиграционного задержания. В противном случае российские органы должны были бы сразу возбудить дело о нарушении правил пребывания на территории России, использовав инструментарий высылки. Они начали именно экстрадицию, которая не увенчалась успехом, и затем, исчерпав эту возможность, попытались отправить иностранного гражданина в Таджикистан с помощью административно-деликтных норм. Перед нами — способ обхода законодательства. Компетентные органы вместо того, чтобы решать вопросы возможности/невозможности ограничения свободы иностранца в связи с вероятностью его фактической высылки, занимались казуистикой, сосредоточившись на формальной стороне задержания. Цель, отвечающая за материальные основания ограничения свободы, подменялась процедурными задачами. Вопрос о том, можно

<sup>19</sup> Ibid. P. 51.

<sup>20</sup> П. 165 Постановления ЕСПЧ от 18.04. 2013 по делу «Азимов против Российской Федерации» (жалоба N 67474/11) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2014. N 3.

ли задерживать лицо, не решался, вместо этого субъекты администрации и суды искали ответ на вопрос, как задержать и выслать его.

Анализируя цель иммиграционного задержания, обратим внимание на экстраординарные условия, сопровождающие данную процедуру. Например, это может быть террористическая угроза, иная повышенная опасность, исходящая от отдельных иностранцев. Такие случаи очень чувствительны для всех государств, что отчасти позволяет объяснить и понять их действия, но они не могут признаваться обоснованными в отрыве от задач исполнения высылки. Ведь каждая мера принуждения используется для целей, ради которых она закрепляется законодателем. Поэтому дискреция, которую, как правило, имеют иммиграционные власти всех стран, не должна оправдывать произвольный выбор основания и процедуры высылки и тем более их бесконтрольное чередование, перемешивание друг с другом. Ситуация, когда орган сам выбирает, как высылать и, следовательно, почему и насколько ограничивать свободу иностранного лица, недопустима. В обоснование тезиса уместно вспомнить классическое положение §40 Закона об административных процедурах ФРГ (1976). В его емкой фразе дается общее представление о действии субъекта публичной администрации по усмотрению. Исполняя данную норму, орган обязан руководствоваться «целью предоставленных полномочий» и соблюдать границы дискреции<sup>21</sup>. Это означает, что управление на основании дискреции — не безусловная воля должностных лиц, а оформляя свои действия они опираются на предназначение, скрытое в правомочивающей норме.

Аналогично этому развивается и отечественная административно-правовая доктрина. Еще в дореволюционной юридической мысли утвердилось положение, что юридические предписания существуют не для того, чтобы «упражнять волю» управляющих, они обязаны повиноваться цели, которая служит «интересам общества» [Трифонов А., 1886: 5]. Сегодня на официальном уровне слабо контролируемая или не контролируемая компетенция, реализуемая исключительно волей властного участника отношения, выявлена коррупциогенным фактором, который предписывается устранять средствами нормотворчества<sup>22</sup>. Научная мысль предлагает варианты решения проблемы. В ней, помимо совершенствования норм, имеются предложения о надлежащем правоприменении в условиях свободного усмотрения. Например, отмечается, что кроме законности акты публичного управления

---

<sup>21</sup> Закон об административных процедурах ФРГ от 25.05.1976 (в ред. от 23.01.2003) // Сборник законов об административных процедурах. М., 2016. С. 146.

<sup>22</sup> Ст. 1 Федерального закона от 17.07.2009 N 172-ФЗ (ред. от 21.10.2013) «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. 2009. N 29. Ст. 3609; п. 3 Методики проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утв. Постановлением Правительства РФ от 26.02.2010 N 96 (в ред. ред. от 10.07.2017) // СЗ РФ. 2010. N 10. Ст. 1084.

требуют проверки на основании иных принципов — целесообразности, разумности, обоснованности [Давыдов К.В., 2015: 127]. Целевая ориентация актов в таком случае — это один их важнейших признаков. Благодаря этому качеству в них выражаются «социальные интересы», «интересы и воля получают строго определенную и обязательную форму выражения» [Тихомиров Ю.А., 2007: 40–41]. Задержанием предлагаемых к высылке иностранцев решаются также процессуальные задачи, что «позволяет преодолеть различные препятствия, которые могут возникнуть в ходе производства», «обеспечить совершение предусмотренных законом процессуальных действий» [Каплунов А.И., 2017: 289.]. Конституционный Суд связал правомерность меры принуждения с тем, что она осуществлена на основании закона, а также «по сути, отвечает конституционным требованиям справедливости, соразмерности и правовой безопасности»<sup>23</sup>. Именно в последних и концентрируется ее цель. Она опирается на общие конституционные принципы и развивается в административном законодательстве применительно к основаниям, форме реализации, компетенции.

Таким образом, общепризнано, что бесцельных актов в системе управления быть не должно. Очевидно, что любая процедура, реализуемая на основании какого-либо акта, подчиняется своему предназначению. Поэтому использование одной процедуры для решения не свойственных ей задач следует признавать неправомерным. Помещение иностранного гражданина в специальное учреждение в ожидании административного выдворения или депортации должно преследовать единственную цель — исполнение акта о принудительном удалении из России. Иные цели, требующие ограничение свободы иностранца, диктуют необходимость других оснований и процедур. Их отсутствие в законодательстве свидетельствует, что ограничение свободы лиц не допускается, даже если органы предполагают полезность такой меры. В таком случае суды, выносящие решение о задержании, обязаны проверять все доводы органов, не веря им на слово.

#### **4. Иммиграционное задержание как самостоятельная мера административного принуждения**

Важно также, что иммиграционное задержание — это следствие акта о высылке лица за пределы принимающего государства, но это самостоятель-

---

<sup>23</sup> П. 2 Постановления Конституционного Суда РФ от 16.06. 2009 № 9-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 24.5, 27.1, 27.3, 27.5 и 30.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, пункта 1 статьи 1070 и абзаца третьего статьи 1100 Гражданского кодекса Российской Федерации и статьи 60 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан М.Ю. Карелина, В.К. Рогожкина и М.В. Филандрова» // СЗ РФ. 2009. N 27. Ст. 3382.

ная мера административного принуждения. В таком качестве оно обладает самостоятельными признаками, характеризующими административное принуждение, которые отличаются от аналогичных черт выдворения или депортации. Так, А.И. Каплунов, проанализировав доктринальные взгляды, выделил девять признаков административного принуждения.

Это — разновидность государственного принуждения. Нормы административного права закрепляют широкий круг мер принудительного воздействия, с помощью которых охраняются самые разные (не только административные) нормы и отношения. Данные меры реализуются исполнительными органами власти.

Административное принуждение — гарантия и средство защиты управленческих отношений от правонарушений, а также средство охраны общественной безопасности. Оно применяется субъектами функциональной власти и является одним из способов реализации данной власти. Его субъектами являются только уполномоченные государственные органы или их должностные лица. Административному принудительному воздействию подвергаются не только отдельные лица, но и организации, коллективные субъекты. Оно регламентируется нормами административного и административно-процессуального права, закрепляющими основания и порядок применения мер административного принуждения. Данные меры применяются при обстоятельствах, угрожающих безопасности личности или общественной безопасности, в связи с совершением административных правонарушений, а также для предупреждения и пресечения преступлений. Порядок применения мер административного принуждения отличается относительной простотой. Поскольку административное принуждение быстро и оперативно, его реализация возможна без предварительной судебной оценки, устанавливающей законность того или иного управленческого решения о применении меры административного принуждения [см.: Каплунов А.И., 2004: 123–125].

Основными признаками являются соответствующие нормы административного права, основания для применения мер административного принуждения, особые процедуры их реализации, наличие властных субъектов, уполномоченных их реализовывать. Именно они позволяют определить специфику применяемой меры, провести ее классификацию. Остальные названные элементы являются второстепенными и дополняют главные признаки. Не все из перечисленных характеристик относятся к сущности иммиграционного задержания. Так, оно не может реализовываться без предварительной судебной оценки, что предопределяется его обременительными последствиями.

Вопрос об административном порядке принятия решения о реализации принудительных мер является традиционным. С одной стороны, государство доверяет своим органам, которые как минимум формируются из компетентных лиц, обладающих достаточными для принятия управленческих

актов знаниями, умениями и навыками. Как указывал Л.М. Кулишер, «могло бы казаться, что вероятность правонарушения со стороны администрации меньше, чем вероятность правонарушения со стороны частного лица, так как администрация действует или, вернее, должна бы действовать в интересах целого, не имея никаких личных интересов, а во-вторых, всегда обладает или должна бы обладать надлежащими юридическими познаниями» [Кулишер Л.М., 1911: 9–10]. Автор подчеркивал, что этот тезис часто несправедлив, что заставляет правоведов и государство искать средства защиты субъективных публичных прав граждан. По его мнению, административный порядок оценки оснований для применения принуждения не должен оставаться единственным, судебный процесс может быть для него альтернативой. В частности, в Англии исторически сложился «принцип предварительной проверки требований администрации, принцип судебного принуждения, принуждения путем иска в публичном праве». Данная конструкция выстраивается по аналогии с частноправовой защитой, при которой любое принуждение возможно лишь в суде и только по заявлению заинтересованного субъекта — «каждый дальнейший шаг на этом пути повышает степень господства объективного права в публичных отношениях, степень охраны субъективных публичных прав граждан» [Кулишер Л.М., 1911: 22, 46–47, 49].

Вывод, сделанный в начале XX века, сохраняет актуальность. Термин — предварительная проверка требований субъекта публичного управления — довольно точно отражает сущность данного действия. Суд не только фиксирует мнение должностных лиц, начавших дело, он оценивает их доводы и делает заключение об их правомерности или не соглашается с ними, не позволяя ограничивать права и свободы. Именно так и следует характеризовать судебное решение о помещении иностранного гражданина в специальное учреждение до его выдворения или депортации. Кроме того, декларируя судебную оценку допустимости наиболее обременительных мер административного принуждения, государство исполняет категоричное конституционное требование. В силу ч. 2 ст. 22 Конституции арест, заключение под стражу и содержание под стражей допускаются только по судебному решению. До судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов. В связи с этим Конституционный Суд признал правило, допускающее задержание иностранного гражданина без решения суда и до его выдворения из России не соответствующим Конституции России<sup>24</sup>.

В этом отношении интересна позиция Федерального административного суда Германии, в котором делается анализ задержания в ожидании высылки и его отграничения от самой высылки. Указывается, что эти две принудительные меры воздействуют на разные конституционные права и свободы.

<sup>24</sup> П. 6 Постановления Конституционного Суда РФ от 17.02.1998 N 6-П...

Помещение иностранца в центр временного содержания затрагивает положения ст. 104 абз. 1 Основного закона ФРГ, в котором закрепляется правило о судебном санкционировании любого ограничения свободы<sup>25</sup>. Данная норма представляет специальные гарантии задержанным иностранцам, тогда как удаление из страны затрагивает основной конституционный принцип, обеспечивающий общую свободу действий (ст. 2 абз. 1)<sup>26</sup>. Он относится к любому действию органа власти по отношению к невластному субъекту и призван охранять субъективные публичные права, как в случае высылки, так и ограничения свободы в ее ожидании. Вывод таков — иммиграционное задержание и высылка иммигрантов опираются на различную конституционно-правовую основу. Поэтому первая мера требует дополнительных гарантий, отличных от тех, которые сформулированы для второй<sup>27</sup>. Важно, что немецкий суд представляет сущность меры административного принуждения, опираясь на характер прав, которые умяются в случае ее реализации. Этим немецкий взгляд отличается от российского, выстраивающегося вокруг формальной стороны, выражающейся прежде всего нормами права, компетентными субъектами, стадиями производства.

Можно сформулировать следующее определение иммиграционного задержания — это самостоятельная мера административного принуждения, предназначенная для обеспечения высылки иностранного гражданина или лица без гражданства за пределы принимающего государства, представляющая ограничение свободы высылаемого, назначаемое по решению суда и требующее периодической судебной проверки правомерности ее продолжения. Из этого следует, что судебный орган, решая вопрос о назначении данной меры, обязан проверять ее обоснованность отдельно от необходимости удаления иностранного лица из страны. Не всегда правомерность высылки диктует обоснованность ограничения свободы в ее ожидании. Важно, что высылка из страны — крайняя и обременительная мера, применяемая к субъектам, не имеющим гражданства принимающего их государства. Одновременно задержание до фактического препровождения за границу выглядит обременительной мерой, обеспечивающей высылку.

---

<sup>25</sup> Только судья вправе принять решение о допустимости и продлении срока ограничения свободы. При всяком ограничении свободы, не основывающемся на распоряжении судьи, незамедлительно должно быть получено решение судьи. Полиция на основе собственных полномочий никого не может содержать под стражей дольше, чем до конца дня, следующего за задержанием. Подробности регулируются законом. См.: ст. 104 абз. 2 Основного закона ФРГ.

<sup>26</sup> Каждый имеет право на свободное развитие своей личности в той мере, в какой он не нарушает прав других и не посягает на конституционный строй или нравственный закон. См.: ст. 2 абз. 1 Основного закона ФРГ.

<sup>27</sup> Abs. 26 Verkündet am 14 Dezember 2016 BVerwG 1C11.15. Available at: <http://www.bverwg.de/> (дата обращения: 02-01-2018)

## 5. Интенсивность иммиграционного задержания

Важно ответить на вопрос об интенсивности ограничения свободы иммигрантов, т.е. когда и кто будет подвергаться подобному воздействию со стороны властей. Будут ли помещать под стражу всех высылаемых и оставлять на свободе некоторых из них, или, наоборот, в специальные учреждения должны направляться лишь некоторые опасные для правопорядка иностранцы. Однозначного решения этой задачи пока не существует. Даже ЕСПЧ, всегда щепетильно реагирующий на ограничения личных прав, не нашел единого подхода и иногда ограничивается общими фразами о необходимости защиты фундаментальных прав и свобод. Показательно решение по делу «Лю и Лю против России». В нем имеется анализ российских норм о содержании иностранного гражданина в специальном учреждении. Суд истолковал норму КоАП о помещении в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих принудительному выдворению за пределы России, по аналогии с административным задержанием<sup>28</sup>. При этом указанная позиция довольно устойчива, ее можно встретить и в иных решениях. Например, в деле «Азимов против России» ЕСПЧ рассмотрел помещение иностранного лица в специальное учреждение в контексте целей, перечисленных для административного задержания, обратив также внимание на исключительность обоих мер<sup>29</sup>. Интересно, что в делах «Рахимов против России» и «Эшонкулов против России» ЕСПЧ относительно корректно перечисляет нормы российского права, разделяя помещение выдворяемых в специальные учреждения и административное задержание (точнее, о последнем вообще не упоминается)<sup>30</sup>.

После 2013 г. ЕСПЧ не допускал прямого смешения административного задержания и помещения в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению из России. При этом неодинаковая трактовка норм российского права не влияла на окончательные выводы ЕСПЧ, который во всех случаях придерживался идентичной аргументации. Например, оценивая обстоятельства иммиграционного задержания Лю, ЕСПЧ пришел к выводу, что решение не было явно (*ex facie*) недействительным или что последующее содержание под

<sup>28</sup> П. 37 Постановления ЕСПЧ от 06.12. 2007 по делу «Лю и Лю против Российской Федерации» (жалоба N 42086/05).

<sup>29</sup> П. 78 Постановления ЕСПЧ от 18.04. 2013 по делу «Азимов против Российской Федерации» (жалоба N 67474/11).

<sup>30</sup> П. 57 Постановления ЕСПЧ от 10.07. 2014 по делу «Рахимов против Российской Федерации» (жалоба N 50552/13) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2015. N 6; пп. 19, 20 Постановления ЕСПЧ от 15.01.2015 по делу «Эшонкулов против России» (жалоба N 68900/13) // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2015. N 6.

стражей не было незаконным по смыслу п. 1 ст. 5 Конвенции<sup>31</sup>. Логика Суда такова: высылка иностранных граждан независимо от оснований, процедур и субъектов — это мера административного принуждения, исполнение которой предусматривает принудительное удаление за пределы принимающей страны. Параллельно власти могут использовать иммиграционное задержание, которое призвано обеспечивать исполнение акта о высылке. Причем, как бы официально ни именовалась данная мера, она означает именно задержание и воздействует на личную свободу выслаемых иммигрантов. В связи с этим первоначальное мнение ЕСПЧ требует дополнительного комментария. Если КоАП не содержит прямого указания на исключительность ограничения свободы для выдворяемых, то для административно задержанных законодатель такую дополнительную гарантию сформулировал. Скорее всего, Суд допустил ошибку, до конца не разобравшись в тонкостях российского законодательства, но его окончательные выводы заслуживают внимания, и корректировать следует не их, а аргументацию, использовавшуюся для их достижения (именно это можно наблюдать в решениях по делам 2014 г. и последующих лет).

Мнение российских судов вполне сопоставимо с позициями ЕСПЧ и немецких судов. Так, никто не спорит, что помещение в специальное учреждение — ограничение свободы, назначаемое для того, чтобы обеспечить выезд из России заслуживающих этого иностранных граждан. Но отечественные и иностранные суды часто по-разному аргументируют решения о помещении иностранных граждан в специальные учреждения. Компетентные органы России в большей степени обращаются к постулатам нормативизма. В итоге судьи и должностные лица, формирующие дела об ограничении свободы в ожидании выдворения или депортации, апеллируют к формальной стороне дела. Они не стараются проявлять самостоятельность и ожидают ориентиров от законодателя, который зачастую их не дает. Властные субъекты признают, что высылка из страны и иммиграционное задержание — это две различные процедуры, что последняя не является наказанием, а относится к мерам административно-процессуального обеспечения. Но указанные выводы легко оправдываются ссылками на нормы законодательства и часто не воспринимаются в качестве сущностных характеристик, истоки которых находились бы в отечественной правовой системе, в ее фундаментальных принципах, обеспечивающих взаимоотношение органов исполнительной власти и иностранных граждан. Иными словами, если из закона исчезнут соответствующие нормы, то с большой вероятностью можно предположить, что правоприменительная практика изменится. При таком положении ве-

---

<sup>31</sup> П. 81–82 Постановления ЕСПЧ от 06.12.2007 по делу Лю и Лю против Российской Федерации (жалоба N 42086/05).



щей в жертву приносится принцип индивидуализации при реализации мер административного принуждения.

Это проявляется в ряде проблем, выявленных ЕСПЧ, некоторые из которых не оспаривались и Россией. Например, в деле «Ким против Российской Федерации» (2014) значительная продолжительность пребывания в центре временного размещения во многом была обусловлена бездействием, ненадлежащими действиями компетентных органов. Речь шла об определении гражданства лица, в отношении которого имелось постановление об административном выдворении. В частности, ЕСПЧ указывал, что «российские власти только пять раз обращались в посольство (с целью получить сведения о гражданстве лица — О.Ш.) и нет никаких указаний, что они пытались получить ответ»<sup>32</sup>. Это утверждение можно рассматривать по-разному. Если предположить, что эти действия были единственными возможностями в арсенале органов власти, то вменять им нарушение прав задержанного в такой ситуации неправомерно. Но может быть и иная трактовка — о слишком формальных действиях субъектов власти. Получив в производство дело, не похожее на иные, они не стали концентрироваться на нем, определяя его специфику, а подошли к его разрешению так же, как и ко всем другим. Косвенно об этом свидетельствует еще один факт. Первый запрос в посольство был направлен лишь четыре месяца спустя после помещения субъекта под стражу. Около 120 суток человек провел в центре временного размещения, а российские органы не предпринимали усилий к реализации административного выдворения. Это промедление объяснялось тем, что администрация готовила аналогичные запросы в отношении еще нескольких иностранцев, чтобы направить в посольство один документ по нескольким эпизодам. ЕСПЧ не выступал против данной ситуации как таковой, он лишь требовал подтверждения ее обоснованности со стороны российских официальных инстанций<sup>33</sup>.

Еще один показательный пример связан с произвольным выбором процедуры, которая влечет ограничение свободы иммигрантов. Гражданин Таджикистана был задержан в связи с возможной экстрадицией. Решение данного вопроса затягивалось, суд неоднократно продлевал период ограничения его свободы, в итоге максимально допустимый срок (12 месяцев) был исчерпан, а разбирательство продолжалось. Выход был предложен областным судом, который «указал, что, поскольку заявитель проживал в России без документов, он может быть подвергнут высылке (административному выдворению) и заключен под стражу на этом основании». На следующий день возбуждается соответствующее дело об административном правонарушении, а день

<sup>32</sup> P. 50 Judgment of ECHR on 17 July 2014 of Case of Kim v. Russia (Application no. 44260/13).

<sup>33</sup> Ibid. P. 51.

спустя иностранец фактически переводится в специальное учреждение для лиц, подлежащих административному выдворению или депортации. ЕСПЧ пришел к следующему выводу: скорее всего, иммиграционное задержание являлось следствием продолжавшегося рассмотрения дела о выдаче в Таджикистан, т.е. ограничение свободы было осуществлено с ненадлежащей целью (новое основание для содержания под стражей было привлечено, прежде всего, с целью обхода требований национального законодательства, которое установило максимальный срок для содержания под стражей в целях выдачи». Об этом свидетельствует несколько фактов: 1) власти признавали незаконный иммиграционный статус иностранца с самого начала, с момента задержания для целей экстрадиции; 2) дело об административном правонарушении возбуждается лишь после того, как стала очевидной невозможность дальнейшего ограничения свободы в порядке выдачи; 3) дело о выдаче в Таджикистан не было прекращено по истечении максимального срока; 4) областной суд сам рекомендовал возбудить дело об административном правонарушении, следствием которого станет помещение иностранца в специальное учреждение. ЕСПЧ специально выделил последнее обстоятельство как самое возмутительное<sup>34</sup>.

Перед нами образцы управленческого механизма, основанного на точном следовании регулятивным нормам права без учета общих принципов, которые бы заставляли индивидуализировать процедуры принятия решений. Большая вероятность, что органы не задумывались об особенностях дел, руководствуясь требованиями регламента и практикой. Именно при таком подходе правоприменители воспринимают недомолвки в системе норм как законную лазейку, позволяющую облегчить им жизнь. Все претензии они склонны возлагать на законодателя, который чего-то не указал в тексте источника права, а предписания общего характера, в том числе конституционные принципы практически исключаются из механизма правового регулирования. Так, в первом случае исполнительные органы и суды даже не рассмотрели вероятность того, что гражданин не будет выдворен из России, они следовали варианту поведения, который обычно воспроизводится при высылке иностранцев. Во втором случае суд даже «помог» исполнительной власти, подсказав «правильное» решение, как использовать пробел в иммиграционном законодательстве. В обоих делах никто не подумал, что они гораздо сложнее среднестатистических, а значит и решения, принимаемые на каждом этапе, должны выноситься с учетом неординарных обстоятельств. Кстати, в реше-

---

<sup>34</sup> П. 21, 23, 25, 31, 33, 59, 61 Постановления ЕСПЧ от 18.04.2013 по делу Азимов против Российской Федерации (жалоба N 67474/11); п. 129 Постановления ЕСПЧ от 10.07.2014 по делу Рахимов против России (жалоба N 50552/13) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2015. N 6.

нии по делу Рахимова ЕСПЧ подчеркнул специфику дела Азимова (второй случай), отказавшись мотивировать свою позицию по аналогии с ним<sup>35</sup>.

Безусловно, в ЕСПЧ попадают единичные дела и, конечно, они демонстрируют наиболее чувствительные и не часто встречающиеся проблемы национального правоприменения, но и игнорировать их нельзя. Они демонстрируют некоторые аспекты реализации норм иммиграционного законодательства, и многие их черты (зачастую в меньшем объеме) легко угадываются в решениях отечественных судов и действиях органов, осуществляющих управление в сфере миграции. Так, в ноябре 2016 г. Президиум Верховного Суда России обобщил негативные примеры правоприменения, указав ряд типичных проблем<sup>36</sup>. Значительное место уделяется исполнению норм, определяющих сроки подачи заявлений о помещении в специальные учреждения, а также длительности пребывания в них. Судебный орган выделил специфику данной категории дел, отметив их тесную связь с конституционными и международными принципами, обратив внимание на пробелы «в правовом регулировании, отношений, связанных с депортацией и реадмиссией, в том числе на международном уровне». Но вместо того, чтобы сформировать правовую позицию, опираясь на конституционные принципы, Президиум повторил имеющиеся регулятивные нормы, призвал точно соблюдать их предписания<sup>37</sup>. При таком понимании норма права в данной ситуации будет реализоваться в отрыве от базовых принципов, определяющих правовую систему, закрепленных в Конституции и развиваемых в административном законодательстве [Старилов Ю.Н., 2017: 19].

Правда, в Справке можно найти позитивные моменты, в которых просматривается возможность индивидуализации решений по вопросам ограничения свободы высланных из страны лиц. Обращается внимание на учет целого ряда обстоятельств; наличие постоянного места работы, жительства или пребывания, действительных документов, необходимых для пересечения границы; срок, требуемый для определения гражданства; наличие судимости; состояние здоровья; родственные связи. Сам этот перечень уже является прогрессивным шагом. Например, в документе приводится пример,

<sup>35</sup> Там же.

<sup>36</sup> Справка по результатам изучения практики рассмотрения судами дел о помещении иностранного гражданина, подлежащего депортации или реадмиссии, в специальное учреждение и о продлении срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего депортации или реадмиссии, в специальном учреждении, утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 30.11. 2016 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. N 6.

<sup>37</sup> Формальное отношение к разрешению публичного спора снижает уровень юридических гарантий для невластного субъекта правоотношения, обеспечивая органу власти возможность принимать решение на основании совокупности формальных признаков, без учета сущности спорного правоотношения. Данное утверждение характерно как для административных, так и иных публичных отношений. См., напр.: [Макарцев А.А., 2009: 23–26].

при котором иностранец не был задержан в ожидании депортации в связи с заболеванием. И все же проблема решена не была. Во-первых, документ не является обязательным для нижестоящих судов, это всего лишь справка, составленная по запросу Уполномоченного по правам человека в России. Сам Суд определил его вид как «обобщение практики». Во-вторых, и это главное, документ носит описательный характер, в нем можно найти ориентиры для последующего правоприменения, но он не предусматривает механизма решения проблем. Так, нет предложений, каким образом учитывать состояние здоровья, родственные связи, на что они могут повлиять. Иными словами, какие именно принципы нужно использовать для решения вопросов о помещении в специальное учреждение, найти не получится. Следовательно, высшей судебной инстанцией не разъясняется и то, как эти принципы понимать в случае применения.

Справедливости ради следует отметить, что в зарубежных правовых системах также не все гладко. Сложность дел, связанных с высылкой в целом и иммиграционным задержанием в частности отражается в правоприменении многих стран. Как уже отмечалось, в зарубежной литературе активно обсуждаются проблемы ненадлежащей цели ограничения свободы иностранных граждан, ожидающих высылки из страны, длительности и режима их пребывания в соответствующих помещениях, оснований реализации данной обеспечительной меры. Часто национальные системы характеризуются при помощи весьма не лестных эпитетов. Например, система иммиграционного задержания США расценивается в качестве Левиафана, который простирается на огромной территории и решает судьбы сотен тысяч человек. Не являясь карательной мерой, она реализуется так, что ощущается уголовным наказанием [Hernández G., 2014: 1414]. Иммиграционный кризис на Мальте проявился в непропорционально длительных сроках задержания иностранцев, что обострило криминогенную ситуацию в стране [Mainwaring G., 2012: 697]. Обстоятельной и масштабной доктринальной критике подвергается итальянская модель. Так, М. Савино отмечает крайнюю неполноту законодательства Италии в части ограничения свободы иностранцев, указывая на существующий «вакуум», «смутный министерский акт», которые порождают негативное управление, на грани конституционной законности. Предложенные решения проблем опираются на правовые позиции Конституционного Суда и ЕСПЧ, т.е. общие принципы, которые способны обеспечить должную административную деятельность [Savino M., 2016: 988–989]. Важно, что выход, даже в случае признания недостатков нормативного правового регулирования, можно обнаружить в актуализации процедуры реализации уже имеющихся норм, которые бы подчинялись единым принципам, обеспечивающим взаимоотношения властных и невластных субъектов административного права.

Иммиграционное задержание как ограничение свободы требует тщательной оценки всех имеющихся обстоятельств дела. Лишь после этого следует принимать окончательное решение о помещении иностранного гражданина в соответствующее помещение. Может так получиться, что иностранец, подлежащий удалению за границу, останется на свободе. В этом кроется представление об иммиграционном задержании как о крайней мере административного принуждения. Например, нормы ЕС допускают ограничение свободы иностранцев, но после применения теста на пропорциональность. Так, ст. 8 (2) Директивы об условиях приема закрепляет стандартную для права ЕС формулировку: «Когда это необходимо и на основании индивидуальной оценки каждого дела, государства-члены могут задерживать заявителя, если другие менее обременительные альтернативные меры не могут быть эффективными»<sup>38</sup>. Аналогичное предписание закреплено в ст. 15 (1) Директивы о возвращении<sup>39</sup>. Схожую позицию занимает ЕСПЧ. Думаю, что сопоставление и даже смешивание норм КоАП в ряде решений этого судебного органа обусловлено стремлением подчеркнуть исключительность помещения выдворяемого лица в специальное учреждение по аналогии с административным задержанием. Похожее мнение встречается в его актах, принятых по спорам иностранцев с другими странами. Так, в деле «Миколенко против Эстонии» ЕСПЧ обратил внимание на то, что в распоряжении властей имелись иные меры, чем продолжительное содержание под стражей в депортационном центре, но они ими не воспользовались<sup>40</sup>.

В рамках национального регулирования исключительность иммиграционного задержания не всегда очевидна. Например, общее правило немецкого права почти дословно воспроизводит позицию ЕСПЧ. Согласно его предписанию, задержание в ожидании высылки не допускается, если цель может быть достигнута другими менее серьезными средствами, которые также являются достаточными для этого. Одновременно закрепляется перечень исключений, требующих безусловного помещения иностранных граждан под стражу. Например, такая норма применяется к лицам, незаконно въехавшим на федеральную территорию, или к депортируемому по соображениям особой опасности иностранцу или в связи с его связями с террористами (§ 85a AufenthG), если высылка не может быть осуществлена незамедлитель-

<sup>38</sup> Art. 8 (2) Directive 2013/33/EU of 26 June 2013 of laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast). Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013L0033> (дата обращения: 09-01-2018)

<sup>39</sup> Art 15 (1) Directive 2008/115/EC of 16 December 2008 of on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32008L0115> (дата обращения: 09-01-2018)

<sup>40</sup> P. 66 Judgment of ECHR of 8 October 2009 of the Case of Mikolenko v. Estonia (Application no. 10664/05). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94863> (дата обращения: 09-01-2018)

но<sup>41</sup>. Так, Федеральный административный суд подтвердил законность актов о депортации и ограничении свободы иностранного гражданина даже с учетом того, что он с детства проживал в стране, учился в ней, имел работу. Против него свидетельствовали связи с экстремистской мусульманской организацией, участие в ее акциях, готовность к совершению преступления, в том числе «решился бы на террористический акт с большим числом жертв, чтобы создать угрозу для безопасности ФРГ». Его поведение свидетельствует, по мнению Суда, что «нападение неизбежно»<sup>42</sup>. Получается, что законодатель обозначил основания, при наличии которых иностранные лица будут задержаны при любых обстоятельствах. Правда, правоохранные органы в этих случаях руководствуются системой управления рисками. Так, экстремистских взглядов и сотрудничества с соответствующими сообществами для ограничения свободы недостаточно. Например, в приведенном случае доказывалось то, что оставление субъекта на свободе может спровоцировать совершения им преступления с большим числом жертв.

В США в последние годы также существенно возросло количество оснований безусловного ограничения свободы иностранных граждан, подлежащих удалению за границу. С. Легомски объясняет это озабоченностью Конгресса значительным числом побегов, обусловленных попыткой остаться на американской территории вопреки требованиям миграционных органов. По некоторым сведениям, до 90% лиц, не подвернутых задержанию, рассматривают такую возможность. Кроме них, Конгресс выделил иностранцев, которые с большей вероятностью, чем другие, представляют опасность для правопорядка. Например, лица, осужденные за терроризм, иные аналогичные преступления. В их случае законодатель, требуя обязательного заключения под стражу, скорее, преследует соображения обеспечения безопасности, чем процессуального обеспечения высылки [Legomsky S., 1999: 537–539]. Известно, что в США нормативно определен максимальный срок иммиграционного задержания, но в деле Задвайдаса (Zadvydas) Верховный Суд США отметил, что увеличение срока иммиграционного задержания в два раза вовсе не означает автоматического освобождения иностранного гражданина: «Эта шестимесячная презумпция, конечно, не означает, что каждый неудаленный иностранец должен быть освобожден после шести месяцев»<sup>43</sup>. Свобода здесь оговаривается целым рядом обстоятельств, что может существенно удлинить нахождение иностранных граждан в соответствующих помещениях.

---

<sup>41</sup> § 62 (1) (3) AufenthG.

<sup>42</sup> Abs. 3 Verkündet am 22 August 2017 BVerwG 1C26.16. Available at: <http://www.bverwg.de/> (дата обращения: 02-01-2018)

<sup>43</sup> Zadvydas v. Davis 533 U.S. 678 (2001). Available at: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/99-7791P.ZO> (дата обращения: 06-11-2017)

Власти Великобритании придерживаются схожих взглядов. Не случайно ряд классических решений ЕСПЧ по вопросам высылки вынесено по делам с участием этой страны. Кстати, в них ЕСПЧ признал право стран ограничивать личные права иностранных граждан для защиты неопределенного круга лиц. Самым известным остается дело «Чахал против Соединенного Королевства». Заявитель являлся активным участником организации, которая использовала террористические средства достижения своих целей, в том числе на британской территории. Суд признал правомерность его длительного содержания под стражей, сославшись на то, что «дело г-на Чахала связано с соображениями чрезвычайно серьезного и весомого характера. Поспешное принятие таких решений без рассмотрения должным образом всех связанных с ним вопросов и доказательств не отвечало бы ни интересам конкретного заявителя, ни заинтересованности общества в целом в надлежащем отправлении правосудия»<sup>44</sup>. ЕСПЧ подтвердил свою позицию, но, связав продолжительный срок задержания лиц, ожидающих высылки, с их опасностью для общества, он фактически признал возможность обязательного иммиграционного задержания. Главное в этом случае — сохранение всех гарантий, принятых в демократических правовых порядках.

Аналогичный с иными странами подход просматривается в некоторых российских нормах. Так, депортируемые лица «содержатся в специальных учреждениях до исполнения решения о депортации»<sup>45</sup>. Указанное предписание носит императивный характер, в ее формулировке нет места для дискреционного акта, позволяющего оставить лицо на свободе. Здесь государство презюмирует опасность иностранцев: они уже уклонились от самостоятельного выезда из России, а также они соответствуют основаниям, по которым период их легального нахождения в стране был сокращен<sup>46</sup>. Иными словами, такие лица выступали за насильственное изменение основ конституционного строя, создавали угрозу безопасности государства, его граждан, финансировали терроризм (экстремизм), совершали прочие аналогичные деяния<sup>47</sup>. Конечно, уровень угрозы, исходящей от данных субъектов, в случае оставления их на свободе, довольно высок.

КоАП не предусматривает ограничения свободы лиц, которым назначено административное выдворение в виде контролируемого самостоятельного выезда. Напротив, следствием принудительного выдворения может стать

---

<sup>44</sup> П. 117 Постановления ЕСПЧ от 15.11. 1996 по делу Чахал против Соединенного Королевства (жалоба № 22414/93).

<sup>45</sup> Ч. 9 ст. 31 Федерального закона от 25.07. 2002 N 115-ФЗ (ред. от 05.12.2017) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3032.

<sup>46</sup> Чч. –3 ст. 31 Федерального закона от 25 июля 2002 N 115-ФЗ (ред. от 05.12.2017).

<sup>47</sup> Ч. 1 ст. 7, ч. 1 ст. 9 Федерального закона от 25.07. 2002 N 115-ФЗ (ред. от 05.12.2017).

содержание в специальном учреждении<sup>48</sup>. В законе буквально значит, что «судья вправе применить» данную меру принуждения, т.е. он может и не делать этого. При этом имеется судебная практика, где фактически отрицается судебное усмотрение. Так, областной суд, оценивая правомерность задержания иностранного гражданина на срок в четыре месяца, сформулировал позицию, что «какого-либо иного способа исполнения решения суда об административном выдворении в форме принудительного выезда с территории Российской Федерации Федеральным законом не предусмотрено». В связи с этим Суд счел доводы иностранца-заявителя о возможности его освобождения для самостоятельного выезда несостоятельными<sup>49</sup>.

Эта позиция допустима, но механизм правового регулирования, настроенный на защиту государственной и общественной безопасности, может давать сбои. Показательным делом является уже упоминавшийся случай с Р.А. Кимом. Для него была избрана санкция в виде принудительного выдворения. В результате он оказался в специальном учреждении, но довольно быстро обозначилась невозможность его удаления из страны. Итогом стало продолжительное ограничение свободы, потребовались многочисленные безуспешные процедуры, после которых официальные инстанции решились освободить его. Частично неправомерность их действий были признаны и Россией<sup>50</sup>. Полагаю, что проблема Кима серьезнее. Сомнительно ограничение его свободы как таковое, решение об этом принималось формально, суд руководствовался лишь мерой ответственности, не оценивалась действительная опасность данного субъекта. Напрашивается еще один вопрос, на который в отечественном законодательстве ответа нет: что делать с иностранными гражданами, высылка которых откладывается по объективным причинам, а власти перестают предпринимать усилия по ее организации? Очевидно, таких лиц следует освобождать. Здесь проявляется проблема альтернатив иммиграционному задержанию.

## 6. Альтернативы иммиграционному задержанию

Преимущество применения к иностранным гражданам мер, альтернативных ограничению свободы, изучены А. Манджиарасиной. Во-первых, они гуманнее и их применение снимает психологические страдания задержанных и членов их семей. Во-вторых, снижается риск бесчеловечного обращения с негражданами в центрах временного размещения. В-третьих, право

---

<sup>48</sup> Ч. 5–6 ст. 3.10 КоАП РФ.

<sup>49</sup> Постановление Тверского областного суда от 5.09.2016 по делу N 4-а-475 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>50</sup> P. 39 of Judgment of ECHR on 17 July 2014 of Case of Kim v. Russia (Application no. 44260/13).



на альтернативные меры подчеркивает исключительность задержания [Mangiaracina A., 2016: 178]. Этим восстанавливается юридическая природа иммиграционного задержания, которое становится одной из мер, с помощью которых достигаются цели определения иммиграционного статуса или исполнения высылки. Власти приобретают правовой инструмент, позволяющий индивидуализировать отношение к иностранцу в зависимости от его действительной, а не мнимой опасности.

В российском иммиграционном законодательстве альтернативные меры отсутствуют, но предпосылки их применению есть. Например, в КоАП задержание фигурирует как исключительная мера воздействия. Она применяется в неординарных случаях, когда обойтись без нее невозможно. Напрашивается вывод, что должна быть альтернатива и иммиграционному задержанию. Так, в докладе УВКБ ООН (UNHCR) рассмотрена альтернатива ограничению свободы беженцев как условие, обеспечивающее законное задержание и содержание под стражей. Иными словами, перед задержанием следует рассмотреть альтернативу, которая существенно не стесняла бы права иностранцев и при этом еще являлась бы менее затратной для государства<sup>51</sup>. В исследовании рассматривается положение лиц, ожидающих решения вопроса о приобретении статуса беженца. Полагаю, что оно может быть полезным и для рассмотрения проблемы задержания в ожидании высылки из страны. Всего авторы выделяют 12 альтернативных мер. Среди них: освобождение под обязательство зарегистрировать свое местожительство в соответствующих органах власти и уведомлять их об изменении адреса либо получать их разрешение на такое изменение; освобождение в обмен на сдачу паспорта и (или) других документов; регистрация по удостоверению личности (иногда электронная) или иным документам либо без таковых; освобождение под залог, гарантию или поручительство и другие.

Альтернативы также ограничивают права иностранных граждан, но не в той степени, в которой это происходит в случае помещения под стражу в специальном учреждении. Так, Совет Европы допускает обязательство регулярно являться в компетентные органы; обязательство сдать паспорт или проездной документ; требования к проживанию, например, обязательство проживать и в ночное время находиться по конкретному адресу; освобождение под залог с поручительством или без него; требования в отношении гаранта; освобождение под опеку социального работника; электронный мониторинг<sup>52</sup>. В принципе это хорошо известные, стандартные средства, которые

---

<sup>51</sup> Филд О. (при участии Э. Эдвардса). Альтернативы задержанию (содержанию под стражей) лиц, ищущих убежища, и беженцев. Апрель 2006 г. Available at: <http://www.unhcr.org/protect> (дата обращения: 09-11-2017)

<sup>52</sup> Справочник по европейскому законодательству об убежище, границах и иммиграции.

власти могут использовать для обеспечения надзора за опасными лицами, которые, тем не менее, не заслуживают ограничения свободы. Российскому праву некоторые из них также известны<sup>53</sup>, остается сделать их частью процедуры выдворения и депортации, но государство пока на этот шаг не решилось.

## Заключение

Иммиграционное задержание — важная часть правового режима высылки иностранных граждан за пределы принимающего государства, которое имеет все признаки самостоятельной меры административного принуждения: цель, основания, процедуру. Поэтому оно не должно быть обязательным следствием решения о высылке. Каждое дело о назначении временного ограничения свободы в ожидании высылки следует оценивать с точки зрения пропорциональности этой меры с учетом обстоятельств нахождения иностранца в принимающем государстве. Здесь следует использовать «тест опасности» выслываемого, т.е. моделировать ситуацию, которая случилась бы, если он останется на свободе. Следует оценивать его опасность для окружающих, правопорядка в целом, вероятность уклонения от высылки. Так будет реализован еще один важный конституционный принцип — защита доверия. Государство будет следовать единым правилам правоприменения для всех выслываемых, которые будут относительно стабильными даже при изменении законодательства.



## Библиография

Давыдов К.В. Законодательство об административных процедурах и дискреционные административные акты: проблемы теории и практики // Вестник ВГУ. Серия «Право». 2015. № 2. С. 113–128.

Еропкин М.И. Избранные научные труды. М.: Эксмо, 2010. С. 74–83.

Каплунов А.И. (ред.) Административно-процессуальное право. СПб: Р-Копи, 2017. С. 287–291.

Каплунов А.И. О понятии и перечне принудительных мер административного предупреждения / Административное и административно-процессуальное право. Ч. 2. М.: Закон и право, 2005. С. 234–245.

Каплунов А.И. О понятии административного принуждения как отраслевого вида государственного принуждения // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2004. № 3. С. 118–126.

Конфуций. Лунь Юй. М.: Восточная литература, 2001. 588 с.

---

Агентство Европейского Союза по основным правам, 2014. С. 172.

<sup>53</sup> Например, действует Федеральный закон от 06.04.2011 N 64-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» // СЗ РФ. 2011. N 15. Ст. 2037.

- Кулишер Л.М. Господство права и административное принуждение // Юридические записки Демидовского юридического лица. 1911. №1. С. 1–49.
- Макарцев А.А. Количественный фактор как условие обоснованности судебных решений по избирательным спорам // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 4. С. 23–26.
- Попов Л.Л., Шергин А.П. Управление. Гражданин. Ответственность (сущность, применение и эффективность административных взысканий). Ленинград: Наука, 1975. 251 с.
- Старилов Ю.Н. От правильного понимания и уважения законности к ее верховенству // Вестник ВГУ. Серия «Право». 2017. № 3. С. 18–40.
- Тихомиров Ю.А. Управление на основе права. М.: Формула права, 2007. 485 с.
- Трифонов А. О мерах полицейского принуждения по прусскому и нашему законодательствам. СПб.: Типография В.С. Балашева, 1886. 99 с.
- Cole D. In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention. *Emory Law Journal*, 2002, vol. 51, pp. 1003–1040.
- Hernández C. Immigration detention as Punishment. *UCLA Law Review*, 2014, issue 5, pp. 1345–1414.
- Leerkes A., Kox M. Pressured into a Preference to Leave? A Study in the “Specific” Deterrent Effects and Perceived Legitimacy of Immigration Detention. *Law & Society Review*, 2017, no 4, pp. 895–929.
- Legomsky S. The Detention of Aliens: Theories, Rules, and Discretion. *University of Miami Inter-American Law Review*, 1999, no 3, pp. 531–549.
- Lundby S. On the European system of immigration detention. *Oxford Monitor of Forced Migration*, 2015, no 1, pp. 7–15.
- Mainwaring G. Constructing a Crisis: the Role of Immigration Detention in Malta. *Population, Space and Place*, 2012, issue 6, pp. 687–700.
- Mangiaracina A. The Long Route Towards a Widespread European Culture of Alternatives to Immigration Detention. *European Journal of Migration and Law*, 2016, issue 2, pp. 177–200.
- Savino M. The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case. *German Law Journal*, 2016, no 5, pp. 981–1004.
- Sinha A. Arbitrary Detention? The Immigration Detention Bed Quota. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 2017, no 2, pp. 77–121.
- Spena A. Resisting Immigration Detention. *European Journal of Migration and Law*, 2016, issue 2, pp. 201–221.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 1**

### **Immigration Detention: International Law Framework and National Regulation (a Comparative Study)**



**Oleg Sherstoboev**

Associate Professor, Department of Administrative, Financial and Corporate Law, Novosibirsk State University of Economics and Management, Candidate of Juridical

Sciences. Address: 56 Kamenskaya St., Novosibirsk 630099, Russia. E-mail: sherson@yandex.ru

## Abstract

Detention of foreign citizens waiting their expulsion from the country is an effective measure to ensure the execution of expulsion. This one is available in the legislation of different countries. It limits most important personality rights and freedoms and there is discussed on its implementation as among the authorities and academics. In particular there is discussed about call of this measure, its ground, procedure, maximum time limits. In article was used the comparative and law method and legislative, judicial practice and doctrine of Russia, Germany, USA, UK, Italy were analyzed. It also the legal positions of European Court of Human Rights and Russian Constitution Court was compared. In result there were discovered the similar problems which were appeared in different countries used immigration detention and the particular ways for their solved in this countries. The restraint of foreign citizens waiting their expulsion from the country should be call to as immigration detention. When this measure is use should take into account the specific of each case and some based constitution principles. Only extremely dangerous foreign citizens should detention. Also immigration detention is intended to restrict the freedom of persons who are trying to avoid from expulsion and remain in the country. The aim of immigration detention is very important for immigration authorities. Thus they must follow to it and do not exchange it. It needs to immigration authorities avoid too formal method for take decision of immigration detention. In this case the nature of immigration detention is sum of administrative procedures instead of researching the real essence. Here the principle of individualizing administrative measures will be suffered. Foreigners should be able to get their freedom if they cannot be expulsion from the country. Therefore the alternative measures must be included in legislation of Russia. They will be able to replace immigration detention in cases where the restriction of freedom is impossible.

## Keywords

foreign citizens; immigration detention; deportation; administrative expulsion; human rights; executive authority; judicial review.

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

**For citation:** Sherstoboev O.N. (2020) Immigration Detention: International Legal Framework and National Regulation (a Comparative Study). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 231–261 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.230.261

## References

Cole D. (2002) In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention. *Emory Law Journal*, vol. 51, pp. 1003–1040.

Confucius (2001) *Analects*. Moscow: Vostochnaya literatura, 588 p. (in Russian)

Davydov K.V. (2015) Law on administrative procedures and discretionary administrative acts: theory and practice. *Vestnik VGU. Pravo*, no 2, pp. 113–128 (in Russian)

Eropkin M.I. (2010) *Selected works*. Moscow: Eksmo, pp. 74–83 (in Russian)

- Hernández C. (2014) Immigration detention as Punishment. *UCLA Law Review*, issue 5, pp. 1345–1414.
- Kaplunov A.I. (ed.) (2017) *Administrative procedural law*. Saint Petersburg: R-Kopi Press, pp. 287–291 (in Russian)
- Kaplunov A.I. (2005) On the coercive measures of administrative warning. *Administrativnoe pravo. Aktualnye problemy*. Moscow: Yuniti, pp. 234–245 (in Russian)
- Kaplunov A.I. (2004) On the administrative warning as a state coercion]. *Izvestiya vysshykh uchebnykh zavedeniy. Provovedenie*, no 3, pp. 118–126 (in Russian)
- Kulisher L.M. (1911) Rule of law and administrative coercion. *Yuridicheskie zapiski Demidovskogo yuridicheskogo litseya*, no 1, pp. 1–49 (in Russian)
- Leerkes A., Kox M. (2017) Pressured into a Preference to Leave? A Study in the “Specific” Deterrent Effects and Perceived Legitimacy of Immigration Detention. *Law & Society Review*, no 4, pp. 895–929.
- Legomsky S (1999) The Detention of Aliens: Theories, Rules, and Discretion. *University of Miami Inter-American Law Review*, no 3, pp. 531–549.
- Lundby S. (2015) On the European system of immigration detention. *Oxford Monitor of Forced Migration*, no 1, pp. 7–15.
- Mainwaring G. (2012) Constructing a Crisis: the Role of Immigration Detention in Malta. *Population, Space and Place*, issue 6, pp. 687–700.
- Makartsev A.A. (2009) Quantitative factor as a justification factor in judicial decisions concerning election disputes. *Konstitutsionnoe i munitsipalnoe pravo*, no 24, pp. 23–26 (in Russian)
- Mangiaracina A. (2016) The Long Route Towards a Widespread European Culture of Alternatives to Immigration Detention. *European Journal of Migration and Law*, issue 2, pp. 177–200.
- Popov L.L., Shergin A. P. (1975) *Administration. Citizen. Liability*. Leningrad: Nauka, 251 p. (in Russian)
- Savino M. (2016) The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case. *German Law Journal*, no 5, pp. 981–1004.
- Sinha A. (2017) Arbitrary Detention? The Immigration Detention Bed Quota. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, no 2, pp. 77–121.
- Spena A. (2016) Resisting Immigration Detention. *European Journal of Migration and Law*, issue 2, pp. 201–221.
- Starilov Yu. N. (2017) Proper understanding and respect to legality and its rule. *Vestnik VGU, Pravo*, no 3, pp. 18–40 (in Russian)
- Tikhomirov Yu.A. (2007) *Administration by law*. Moscow: Formula prava, 485 p. (in Russian)
- Trifonov A. (1886) *Coercive measures under Prussian and Russian laws*. Saint Petersburg: Balashev, 99 p. (in Russian)

**Журнал учрежден** в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

**Главные задачи:**

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

**Основные темы:**

Правовая мысль (история и современность)  
Портреты ученых-юристов  
Российское право: состояние, перспективы, комментарии  
Судебная практика  
Право в современном мире  
Реформа юридического образования  
Научная жизнь  
Дискуссионный клуб  
Рецензии

**Журнал рассчитан** на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

**Журнал выходит** раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

# АВТОРАМ

## Требования к оформлению текста статей

**Представленные статьи** должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

### Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

**При наборе текста** необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

### Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

### Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

### Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

**Сведения, содержащиеся в заглавии статьи**, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

**Исторические справки**, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

### Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

### Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

### Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

### Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

**Статьи рецензируются.** Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

**Плата с аспирантов** за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации  
«Право. Журнал Высшей школы экономики»  
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.  
выдано Федеральной службой по надзору  
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*  
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*  
Художник *А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*  
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 12.03.2020. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 16,5. Тираж 500 экз. Заказ №

Отпечатано в ФГУП «Издательство «Наука»  
(Типография «Наука»)  
121099, Москва, Шубинский пер., д. 6