

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

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

Дж. Айджани (профессор, Туринский университет, Италия)

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

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

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

В.А. Виноградов (НИУ ВШЭ, РФ)

А.В. Габов (ИГП РАН, РФ)

Г.А. Гаджиев (НИУ ВШЭ, РФ)

С.Ф. Дикин (профессор права, Кембриджский университет, Великобритания)

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

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

Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, РФ)

В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Ларичев (НИУ ВШЭ, РФ)

Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, РФ)

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

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

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

В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)

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

Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)

Т. Эндикотт (профессор, Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

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

Адрес редакции

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

Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2022

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

1/2022



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность**Э.В. Талапина**

Обработка данных при помощи искусственного интеллекта
и риски дискриминации 4

И.А. Усенков

Национальное мягкое право как правовой феномен
и инструмент повышения стабильности законодательства 28

Н.В. Буштец

Понятие и структура уголовно-организационных отношений 59

Российское право:**состояние, перспективы, комментарии****Е.В. Михайлова**

Досудебный порядок урегулирования спора в системе
защиты гражданских прав 80

М.Г. Степин

Особенность договора страхования в качестве
непоименованного способа обеспечения исполнения
обязательств по российскому праву 96

Б.Я. Гаврилов, В.А. Крымов, Ю.В. Шпагина

Уголовный проступок: новые грани российского
законодательства 115

В.В. Бальжинимаева

Юридическое лицо как средство, способ и орудие
совершения преступления 140

А.Г. Репьев, И.Н. Сенякин

Правовая категория «преимущественная обязанность»:
теория, законодательство, практика 164

Ю.Н. Величинская

Принципы права: проблемы применения 180

Право в современном мире**О.В. Кадышева**

Роль консультативных заключений в международном
правосудии и в практике Суда ЕАЭС 208

В.Г. Истомина

Защита прав субъектов от нарушений антимонопольного
законодательства в порядке гражданского судопроизводства
в США 232

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Board

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

G. Ajani (University of Turino,
Italy)

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

S.V. Bakhin (St. Petersburg State
University, Russian Federation)

N.A. Bogdanova (Lomonosov
Moscow State University, Russian
Federation)

V.A. Vinogradov (HSE, Russian
Federation)

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

G.A. Gadjev (HSE, Russian
Federation)

S. Deakin (Professor of Law,
University of Cambridge, UK)

G. Dinwoodie (Global Professor
of Intellectual Property Law,
Chicago-Kent College of Law,
Chicago, USA)

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

A.A. Ivanov (HSE, Russian
Federation)

N.Y. Yerpyleva (HSE, Russian
Federation)

V.B. Isakov (HSE, Russian
Federation)

A.A. Larichev (HSE, Russian
Federation)

T.G. Morshchakova (HSE,
Russian Federation)

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

A.V. Naunov (University
of Procuracy, Russian Federation)

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

V.A. Sivitsky (the Constitutional
Court, Russian Federation)

E.A. Sukhanov (Lomonosov
Moscow State University, Russian
Federation)

T. Endicott (Vinerian Professor
of English Law, University of
Oxford, UK)

Y.A. Tikhomirov (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

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

1/2022

**ISSUED QUARTERLY****Legal Thought: History and Modernity****E.V. Talapina**

Artificial Intelligence Processing and Risks of Discrimination 4

I.A. UsenkovNational Soft Law as a Legal Phenomenon and a Tool
for Increasing Stability of Legislation 28**N.V. Bushtets**

The Concept and Structure of Criminal-Organizational Relations 59

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**E.V. Mikhailova**Pre-trial Procedure for Resolving a Dispute in the System
of Protection of Civil Rights 80**M.G. Stepin**The Peculiarity of the Insurance Contract as an Unnamed Way
of Ensuring the Fulfillment of Obligations in Russian Law 96**B.Ya. Gavrilov, V.A. Krymov, Y.V. Shpagina**

Criminal Misconduct: New Facets Of Russian Legislation 115

V.V. BalzhinimaevaLegal Entity as a Means, a Method, an Instrument of Committing
a Crime 140**A.G. Repev, I.N. Senyakin**

Legal Category "Priority Duty": Theory, Legislation, Practice 164

Y.N. Velichinskaya

Principles of Law: Problems of Enforcement 180

Law in the Modern World**O.V. Kadyshcheva**The Role of Advisory Opinions in International Justice
and in the Practice of the EAEU Court 208**V.G. Istomin**Protecting the Rights of Subjects from Antitrust Violations
in the United States in Civil Proceedings 232

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

Научная статья

УДК 342.7

DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.4.27

Обработка данных при помощи искусственного интеллекта и риски дискриминации



Эльвира Владимировна Талапина

Институт государства и права РАН, 119019 Россия, Москва, ул. Знаменка, 10.
talapina@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3395-3126>



Аннотация

Дискриминация создает угрозу равенству как основному концепту правового государства. Эта проблема обретает новое звучание в связи с использованием искусственного интеллекта для принятия значимых юридических решений, поскольку искусственный интеллект способен принимать ошибочные решения в отношении конкретных лиц, в основе которых часто лежит дискриминация. Целью статьи стало изучение рисков дискриминации, чтобы учесть и избежать их в будущем правовом регулировании. Исследование основано на анализе доктринальных и нормативных источников разных стран, изучении имеющегося опыта использования искусственного интеллекта. Конкретным методом интеллектуального анализа данных является профилирование, которое не оставляет большого пространства для автономии и самоопределения личности. В связи с этим предлагается переоценить теорию информационного самоопределения, используя ее потенциал разделения ответственности между обладателем данных и обработчиком. Ввиду явных дискриминационных рисков профилирования некоторые операции уже запрещены (например, редлайнинг в США, генетическое профилирование в области страхования и занятости в ряде стран). Отдельно должны изучаться предиктивные способности искусственного интеллекта в отношении юридической оценки поведения конкретного человека. Опыт алгоритмического прогнозирования поведения человека, накопленный в рамках уголовного правосудия в США, свидетельствует о вероятностном характере такой оценки. Это способно нарушить права человека на справедливое судебное разбирательство и индивидуализацию наказания, если алгоритмическая оценка станет единственным основанием для вынесения судебного

решения. В целом развитие приложений по решению рутинных правовых проблем, которые будут давать результаты на основании прошлых судебных решений, особо актуально в странах общего права, где господствует прецедентное право. С учетом того, что Россия принадлежит к континентальной системе права перспективы использования американского опыта сомнительны. Рассмотрение конкретных видов недостатков, которые способны привести к дискриминационной обработке данных, позволило сделать выводы о контурах будущего законодательства в отношении деятельности искусственного интеллекта с учетом всех проанализированных рисков дискриминации.



Ключевые слова

дискриминация, искусственный интеллект, алгоритм, профилирование, предиктивность, равенство, прозрачность

Для цитирования: Талапина Э.В. Обработка данных при помощи искусственного интеллекта и риски дискриминации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 1. С. 4–27. DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.4.27.

Legal Thought: History and Modernity

Research article

Artificial Intelligence Processing and Risks of Discrimination



Elvira V. Talapina

Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, 10 Znamenka, Moscow, 119019 Russia, talapina@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3395-3126>



Abstract

Discrimination poses a threat to equality as a basic concept of the rule of law. In the digital age, the use of artificial intelligence to make important legal decisions has added a new dimension to the problem. More specifically, artificial intelligence is capable of making faulty decisions which are often based on discrimination about individuals. The aim of the article was to examine the risks of discrimination in order to account for and avoid them in future legal regulation. The research is based on an analysis of doctrinal and regulatory sources from various countries and an examination of existing experience with the use of artificial intelligence. A specific method of data mining is profiling, which leaves little room for individual autonomy and self-determination. In this context, it is suggested that the theory of information self-determination be reassessed, exploiting its potential to divide responsibility between the data owner and the processor. Due to the clear discriminatory risks of profiling, some operations are already banned (e.g. redlining in the USA, genetic profiling in insurance and employment in several countries). The undeniable predictive potential of data deserves careful consideration, especially when it comes to personalization, where the predictive abilities of artificial intelligence are used to legally assess the behavior of an individual. Experience with algorithmic prediction of human behavior in the USA criminal justice system

suggests the probabilistic nature of such assessments, which has the potential to infringe human rights to a fair trial and individualization of punishment if algorithmic assessment becomes the sole basis for adjudication. In general, the development of applications to solve routine legal problems that will produce results based on past judicial decisions is particularly relevant in common law countries where case law is prevalent. Given that Russia belongs to the continental law system and that case law even on a one type of dispute is often contradictory and not consistent across the country, the prospects for using American experience are doubtful. Consideration of specific types of deficiencies that can lead to discriminatory data processing, namely incorrect data collection, aggregation of erroneous data, insensitivity of artificial intelligence to regulatory settings, allowed drawing conclusions on the contours of future legislation regarding the activities of artificial intelligence, taking into account all analyzed risks of discrimination.

Keywords

discrimination, artificial intelligence, algorithm, profiling, predictivity, equality, transparency

For citation: Talapina E.V. (2022) Artificial Intelligence Processing and Risks of Discrimination. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 1, pp. 4–27 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.4.27.

Введение

В теории прав человека равенство и недискриминация являются основополагающими ценностями. В обоих случаях речь идет о равенстве прав с тем отличием, что право на недискриминацию имеет более узкое содержание и в этом смысле производно от права на равенство. Концепт равенства можно считать центральным принципом правового государства; в основе системы естественных прав человека лежит представление о том, что люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах [Лапаева В.В., 2008: 67]. Разумеется, в юридическом смысле речь идет именно о формальном равенстве как равенстве возможностей, обусловленных личными усилиями и личной волей субъектов права [Нерсесянц В.С., 2009: 4].

Дискриминация посягает на равенство, представляя угрозу для правового государства. Дискриминация — это не просто различие в обращении. Не каждое различие незаконно и представляет собой дискриминацию. Также дискриминация — это не просто неравное обращение. Различие в обращении может быть незаконным, но не представлять собой дискриминации. Дискриминация имеет место в тех случаях, когда неблагоприятное различие в обращении является незаконным и основано на критерии, на основании которого закон запрещает проведение юридических различий [Miné M., 2003: 30].

В современный период дискриминация, осуществляемая людьми в отношении других людей, не искоренена, но уже выработаны определенные критерии ее обнаружения, доказывания и привлечения к ответственности

виновных лиц. Однако с распространением автоматизированной обработки данных, в особенности на базе технологий больших данных, возникла другая проблема — дискриминации людей со стороны искусственного интеллекта. Вторгаясь в существующее правовое поле, искусственный интеллект затрагивает целый спектр имеющихся норм (защита данных, транспарентность, информационное самоопределение), а также создает новые риски принятия ошибочных решений в отношении конкретных лиц, в основе которых часто лежит дискриминация. Во всем мире сейчас ведется широкая научная дискуссия, в результате которой предстоит досконально изучить эти риски с тем, чтобы предложить недискриминационные механизмы обработки данных искусственным интеллектом. Именно с учетом результатов такой дискуссии, на наш взгляд, следует развивать законодательство.

1. Нормативный контекст преодоления дискриминации как посягательства на равенство

Не будет преувеличением утверждение, что проблемам дискриминации посвящен целый массив нормативных актов, в особенности, на международном уровне. Подходы к дискриминации могут базироваться на общих параметрах (что характерно для более ранних актов общей направленности), так и на более специфических характеристиках, некоторые из которых возникли только в последние годы (например, генетическая дискриминация). Рассмотрим некоторые из них.

Статья 2 Всеобщей декларации прав человека (1948) устанавливает общий принцип недискриминации: «Каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией, без какого бы то ни было различия, как-то: в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения. Кроме того, не должно проводиться никакого различия на основе политического, правового или международного статуса страны или территории, к которой человек принадлежит, независимо от того, является ли эта территория независимой, подопечной, самоуправляющейся, или как-либо иначе ограниченной в своем суверенитете». Всеобщая декларация прав человека, провозглашая равенство перед законом и право на равную защиту закона, запрещает в связи с этим какую бы то ни было дискриминацию и подстрекательства к ней (ст. 7). Другой вид дискриминации запрещен в связи с оплатой труда, которая должна быть равной за равный труд (ст. 23). Таким образом, равенство образует и общий принцип, и самостоятельное право человека, а также служит базой для образования другого права — права на недискриминацию.

Контекст дискриминации в области занятости получил широкое развитие в актах Международной организации труда, основополагающим из которых является Конвенция о дискриминации в области труда и занятий (1958) (Конвенция № 111). В ее трактовке термин «дискриминация» включает: а) всякое различие, недопущение или предпочтение, проводимое по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, национального происхождения или социальной принадлежности, приводящее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий; б) всякое другое различие, недопущение или предпочтение, приводящее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий, определяемое соответствующим членом по консультации с представительными организациями предпринимателей и трудящихся, где таковые существуют, и с другими соответствующими органами.

Расовая и гендерная дискриминация также получили разнообразную правовую поддержку — Конвенция ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (1979), Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1965). Активное проникновение новых технологий в общественные отношения «освежило» тематику дискриминации, повлияв на формирование нового направления — генетической дискриминации. Назовем Международную декларацию ЮНЕСКО о генетических данных человека (16 октября 2003 г.), в которой закреплено стремление к тому, чтобы генетические данные человека и протеомные данные человека не использовались в целях, которые носят дискриминационный характер в силу того, что они нарушают или приводят к нарушению прав человека, основных свобод или человеческого достоинства отдельного лица, и чтобы они не использовались в целях, ведущих к стигматизации того или иного лица, семьи, группы или общины (ст. 7 (а)).

Стандарты международных актов повторяются или конкретизируются в региональных документах, целью которых также является обеспечение защиты от дискриминации. К их числу относится Американская конвенция о правах человека (1969), которая защищает от дискриминации по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, экономического положения, рождения и других признаков. На европейском континенте общее недопущение дискриминации выражено в Конвенции Совета Европы о защите прав человека и основных свобод (1950), ст. 14 которой устанавливает, что пользование правами и свободами, признанными в Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к нацио-

нальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам. Заметим, что применение процитированной статьи создало богатую практику Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), с разными нюансами — хотя сама ст. 14 не гарантирует самостоятельного права не подвергаться дискриминации, Суд толкует ее таким образом, что даже в случае отсутствия нарушения «материальной» статьи может быть установлено нарушение ст. 14 [Бартенев Д.Г., 2019: 43-66].

В Европейском Союзе дискриминация запрещена Директивой Совета 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 года, закрепившей осуществление принципа равного обращения с лицами независимо от их расовой принадлежности или этнического происхождения и, в конкретном контексте занятости, — Директивой Совета 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 года, устанавливающей общие рамки равного обращения при трудоустройстве. Определение дискриминации, содержащееся в обеих директивах 2000 г., носит широкий характер, поскольку охватывает не только понятия прямой и косвенной дискриминации, но также включает в себя концепцию преследования. В более прикладном плане для Суда ЕС дискриминация может состоять в применении разных норм к сравнимым ситуациям или одной и той же нормы к разным ситуациям¹.

В некоторых национальных юрисдикциях закреплена общая антидискриминационная система защиты на конституционном уровне. Например, ст. 3 IV Конституции Бразилии называет одной из основных целей Республики содействие благосостоянию всех людей без ущемлений по причине происхождения, расы, пола, цвета кожи, возраста и любых других форм дискриминации, а ст. 7 запрещает любую дискриминацию в отношении заработной платы и критериев найма работников-инвалидов. Кстати, в Конституции Российской Федерации также запрещена дискриминация относительно вознаграждения за труд (ст. 37), равно как дискриминация в отношении социальной интеграции инвалидов (ст. 114). Общий запрет дискриминации сформулирован в ст. 19 Конституции РФ.

Наш нормативный экскурс имел целью не полноту, а, скорее, должную иллюстративность проблематики дискриминации. Мы выяснили, что данная тема заняла самостоятельное место как на международном, так и на национальном уровне, а также имеет «секторальные предпочтения». Тем, что право на недискриминацию базируется на равенстве, объясняется четкая прослеживаемость общего принципа равенства при анализе права на недискриминацию (т.е. рассмотрение аналогичных ситуаций одним и тем же способом и рассмотрение различных ситуаций по-разному). При этом значительную долю занимают конкретные положения, разработанные в специальном законодательстве в области борьбы с дискриминацией, касающиеся

¹ CJCE 17 juin 1998, Kathleen Hill, aff. C-243/95, rec. 1998, p. 1-3739.

определенных охраняемых оснований (например, возраст, раса, пол, религия, сексуальная ориентация и т.д.), а также конкретная область применения (рынок труда, профессиональная подготовка, образование, социальное обеспечение, здравоохранение, доступ к товарам и услугам, уголовная ответственность). Таким образом, право на недискриминацию — симбиоз, в котором каждый элемент имеет свое место и значение. При этом право на недискриминацию не абсолютно хотя бы потому, что закон правового государства может санкционировать дискриминацию, если предполагается ее необходимость для «выравнивания» прав и возможностей разных категорий лиц. Что меняют в проанализированном *status quo* цифровые технологии?

2. Профилирование как дискриминационная практика

2.1. Дискриминационные риски профилирования

Профилирование (профайлинг) является конкретным методом интеллектуального анализа данных. В этой перспективе профилирование рассматривается как автоматизированный либо полуавтоматизированный процесс изучения больших наборов данных в целях построения классов или категорий характеристик [Bosco F. et al., 2014: 4]. В правовой литературе существуют разные подходы к определению профилирования. Так, профилирование определяется как объединение набора характеристик (профиля) об индивидууме или организации и последующее обращение с этим лицом или организацией сообразно таким характеристикам [Bygrave L. A., 2002: 301]. Иногда в определении акцентируется аспект идентификации: профилирование как «процесс» обнаружения паттернов в различных данных, которые могут использоваться для идентификации лица (индивидуальный или групповой) и/или применение профилей (наборов коррелирующих данных) для индивидуализации субъекта или для его идентификации как члена группы [Hildebrandt M., 2009: 275].

И в том, и в другом подходах выделены важные компоненты профилирования — поиск информации по определенным критериям, связь этой информации с конкретным лицом, использование ее для идентификации лица или для обращения с лицом неким заданным образом. В плане работы с информацией профилирование представляет собой отход от идеи, что знание является результатом проверенной гипотезы. По сути, профилирование само генерирует гипотезы: корреляции как таковые становятся релевантной информацией. В силу изложенного профилирование называют «гламурной технологией»: оно зиждется на идее о том, что люди могут получить непредвиденные знания, которые позволяют принимать лучшие решения [Bosco F. et al., 2014: 7, 12].

Наше исследование концентрируется на том, как в процессе профилирования способна проявить себя дискриминация. Дело в том, что при профилировании обрабатываются как персональные, так и неперсональные данные. Из этого посыла сразу ясно, что основной конфликт профилирования в плоскости законодательства отмечается с законодательством о защите данных. Но это конкретный аспект, который в целом нормативно уже регулируется, пусть и неидеально. Гораздо более проблемной становится обработка данных в условиях незнания граждан о том, что их данные обрабатываются и используются для принятия решений. Таким образом, в более общем плане профилирование «сталкивается» с либеральной демократией, прежде всего, потому, что провоцирует информационную асимметрию. В общем-то, асимметрия знаний — явление распространенное, но именно в технологиях профилирования она достигает нового пика, именно потому, что в большинстве случаев граждане не знают о собираемой и распространяемой информации и о том, как ее можно использовать в будущем.

Собственно, именно эти риски и были названы основными в социологическом опросе, проведенном в 2014 году среди профессионалов — национальных органов по защите персональных данных европейских стран. По их обобщенному мнению, в связи с профилированием возникают проблемы для основных прав и свобод граждан в целом (частная жизнь и защита данных, самоопределение, достоинство, личная неприкосновенность, свобода слова и передвижения), а также проблемы в связи с отсутствием прозрачности и осведомленности о существовании и проведении профилирования [Bosco F. et al., 2014: 24].

Очевидно, что такие технологии, как профилирование, не оставляют большого пространства для автономии и самоопределения личности. Изначально заложенное противоречие между закрытостью частной жизни и открытостью публичной сферы обретает новые грани — частная жизнь тяготеет к непрозрачности, а условием защиты данных является открытость. Вопрос — как в таких условиях защитить частную жизнь? — становится трудноразрешимым.

Данный поворот заставляет заново взглянуть на теорию информационного самоопределения [Rouvroy A., Pouillet Y., 2009: 51] и, возможно, переоценить ее. В случае с профилированием она приобретает совершенно конкретное звучание. Теория информационного самоопределения базируется на постулате, что индивидуум должен осуществлять контроль за данными и информацией, производимыми им. Возможно, всесторонняя поддержка и внедрение принципов информационного самоопределения в политику данных позволит разделить ответственность обработчиков и обладателей данных, сделает их отношения более горизонтальными.

Прежде чем перейти собственно к дискриминации при профилировании, приведем конкретный пример. Вид профилирования, получивший название «редлайнинг» (redlining), уже напрямую запрещен законодательством США. Редлайнинг используется для выявления практики отказа от товаров и услуг в конкретных районах, отмеченных красной линией на карте. Вследствие расовой сегрегации или увеличения демографической концентрации люди, аналогичные по социальному классу, условиям занятости и даже национальности или проживающие в конкретном районе, зачастую могут принадлежать к определенной расовой группе или этническому меньшинству [Bosco F. et al., 2014: 20]. Возможная в таких случаях дискриминация и послужила основанием для запрета редлайнинга.

2.2. Генетическое профилирование в контексте дискриминации

Пожалуй, самой яркой моделью дискриминационного профилирования служит генетическое профилирование. Генетический профиль способен раскрыть информацию не только о человеке, но и о его родственниках, включая их текущий и будущий профиль здоровья и ранее неизвестные семейные отношения [Feldman E.A., Quick E., 2020: 334]. Разумеется, диапазон использования подобного рода информации чрезвычайно широк, что неминуемо создает риски, в том числе дискриминационные.

Поскольку в ряде стран уже сконструировано специальное законодательство в рассматриваемой сфере, полезно обратиться к конкретным иллюстрациям. В законодательстве США (Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA) (2008) преследуются две явные цели — предотвращение генетической дискриминации в медицинском страховании и предотвращение генетической дискриминации на рабочем месте. Медицинским страховщикам запрещено требовать прохождения генетического тестирования для оформления страховки или принимать решения о возмещении вреда на основании генетической информации. Аналогично работодателям запрещено требовать прохождения генетического тестирования и принимать решения о найме, увольнении и пр. на основе генетической информации. Заметим, что речь идет именно о медицинском страховании, а не о страховании жизни. К тому же законодательство о генетической дискриминации не распространяется на военных [Feldman E.A., Quick E., 2020: 336].

В Эстонии существует общий Закон о равном обращении — Equal Treatment Act (2017)², который действует как для государственного, так и для частного сектора. Им запрещается дискриминация по признаку нацио-

² Estonian Equal Treatment Act—RT I, 26 April 2017, 9. Available at: URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/503052017002/consolide> (дата обращения: 17.02.2022)

нальности (этническое происхождение), расы, цвета кожи, религии или других убеждений, возраста, инвалидности или сексуальной ориентации. Что касается конкретно генетической дискриминации, то эстонский Закон об исследованиях генов человека (Estonian Human Genes Research Act) (2014)³ устанавливает общий запрет на генетическую дискриминацию, сопровождаемый двумя конкретными запретами в сфере страхования и занятости. Более конкретно, работодателям запрещено собирать генетические данные о сотрудниках или требовать от сотрудников и соискателей должности предоставлять образцы тканей или ДНК. Работодателям запрещено навязывать дискриминационные условия труда и оплаты труда для людей с различными генетическими рисками [Pormeister K., 2020: 179]. В отличие от США, эстонский запрет на генетическое тестирование в страховании не ограничивается только медицинским страхованием: всем страховым компаниям запрещается требовать генетические данные и обуславливать условия страхования генетическими факторами.

Конечно, в идеале необходим такой правовой режим генетической информации, который позволял бы извлекать из нее выгоды и одновременно не подвергать рискам ее владельцев. Как утверждают исследователи, в Канаде особый правовой режим, установленный Законом о генетической недискриминации (2017), позволяет лицам проходить генетическое тестирование и пользоваться его преимуществами, не подвергаясь при этом рискам, связанным со страхованием, или дискриминации в области занятости по признаку генетического статуса. При этом указывается, что права и обязанности страховщиков и работодателей по отношению к членам семьи или родственникам нуждаются в уточнении, в частности, в вопросах добровольного раскрытия информации [Khoury L. et al, 2020: 47].

Однако, как это часто бывает, за, казалось бы, четкими запретами скрываются разнообразные условия. Представляется возможным выделить три проблемы.

Во-первых, с учетом практики легальная дискриминация иногда может быть полезной и даже необходимой. Например, как утверждает эстонский исследователь Nõmper [Nõmper A., 2001: 120], работодатель должен иметь право требовать прохождения генетического тестирования как до поступления на работу, так и во время трудовых отношений в той мере, в какой такое тестирование необходимо для определения существования генетического заболевания, которое может привести к выполнению должностных обязанностей с риском для здоровья работника или других сотрудников и иных лиц, активов работодателя или клиентов. Так, проявление болезни Хантинг-

³ Estonian Human Genes Research Act—RT I, 14 March 2014, 30. Available at: URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/518062014005/consolide> (дата обращения: 17.02.2022)

тона (симптомами которой являются произвольные движения) создает потенциальный риск для пилота самолета и его пассажиров.

Во-вторых, в литературе обращается внимание на сложности защиты прав в контексте генетической дискриминации. В частности, по эстонскому законодательству одним из заметных процедурных преимуществ общего Закона о равном обращении (который не распространяется на генетическую дискриминацию) является распределение бремени доказывания. Общий закон устанавливает совместное бремя доказывания, оговаривая, что заявление лица в суд, Комитет по трудовым спорам или Уполномоченному по вопросам гендерного равенства и равного обращения основывается на фактах, из которых можно предположить, что дискриминация произошла. Затем бремя доказывания перекладывается на ответчика, который в ходе разбирательства должен сам доказать, что нарушения принципа равного обращения не было. Если ответчик отказывается представить такие доказательства, это приравнивается к признанию дискриминации [Pormeister K., 2020: 189]. По Закону об исследованиях генов человека доказывать дискриминацию должен заявитель (как и то, что работодатель использовал генетическую информацию), что, конечно, крайне сложно на практике.

В-третьих, нельзя отрицать предиктивного потенциала генетической информации. Пока генетическая информация не является точной на все 100%. Однако если она станет таковой (в том смысле, что станет возможным со 100%-ной уверенностью установить индивидуальный риск), мы столкнемся с трудным выбором между отказом от использования предсказательной силы генетической информации и явной дискриминацией людей на основе качеств, над которыми они не имеют никакой власти и контроля [Feldman E.A., Quick E., 2020: 351]. Предиктивный потенциал данных, не только генетических, заслуживает более пристального рассмотрения.

3. Предиктивность и персонализация: позитивные и негативные стороны

Одним из преимуществ алгоритмов, используемых искусственным интеллектом, называют предиктивность, возможность предсказать и предугадать дальнейшее развитие событий. Это звучит довольно безобидно, если речь идет о построении планов развития экономики на государственном уровне, о маркетинговых прогнозировании частных компаний. Но совсем другое дело, когда предиктивные способности искусственного интеллекта используются для юридической оценки поведения конкретного человека. Как утверждают исследователи, именно в целях расследования преступлений сексуального характера еще в середине XX в. стало использоваться профилирование. Наибольшую известность профайлинг получил в США и странах

Западной Европы в рамках расследований серийных убийств. В нашей стране подобная деятельность получила свое название — криминалистическое портретирование [Романовский В.Г., 2020: 47].

В качестве иллюстрации обратимся к широко используемой американскими судами практике алгоритмического прогнозирования поведения человека, главным образом в рамках уголовного правосудия. Уже многие американские штаты разрешили использовать алгоритмы для принятия решения о предварительном заключении или условно-досрочном освобождении. В частности, речь идет о приложениях PSA (Public Safety Assessment) или COMPAS (Courrcional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions). Критика подобного алгоритмического прогнозирования поведения человека основана на том, что предиктивный результат вовсе не дает истины, верной на все 100%: его средняя предиктивность оценивается лишь в 65%. Соответственно, тот факт, что судья при вынесении решения опирается на прогнозную оценку алгоритма, представляет собой проблему с точки зрения права на справедливое судебное разбирательство, в том числе в связи с тем, что судья может пытаться выполнить рекомендацию алгоритма почти дословно и систематически [G'sell F., 2020: 302].

Естественно, что судебные решения, принятые подобным образом, неоднократно становились объектом обжалования. Так, в деле *Loomis*, которое было рассмотрено в 2017 году Верховным судом штата Висконсин⁴, поднимался вопрос о допустимости применения алгоритмической предикции. Апелляция гражданина была отклонена Верховным судом штата Висконсин, который не посчитал, что ранжирование отдельных лиц по группам профиля является серьезной проблемой в свете принципа индивидуализации наказания. Суд счел, что права гражданина *Loomis* соблюдены, если проведенная алгоритмом оценка не является единственной основой для принятого судебного решения. Судьи могут даже не принимать во внимание алгоритмическую оценку и отдавать предпочтение иным данным. Верховный суд штата Висконсин также уточнил, что судьи, прибегающие к такому виду инструмента, должны всегда четко упоминать в своих решениях другие факторы, лежащие в основе их решения.

Конечно, такое объяснение частично снимает остроту проблемы, если только не учитывать склонность людей довериться машине. Человеческий мозг и вправду кажется не таким мощным, быстрым, вместительным, как искусственный интеллект. С той лишь разницей, что только человеческий мозг способен понять мотивы совершенного преступления, найти им не формальное, а контекстное объяснение, учесть конкретные обстоятельства, зачастую очень личного, интимного характера. Для машины же все эти обстоятельства — просто данные в виде нулей и единиц.

⁴ State of Wisconsin c/ Loomis, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

Кроме того, пресловутая проблема «черного ящика» не позволяет установить с достоверностью, почему система приняла именно такое, а не иное решение. Опять-таки частичное решение проблемы — сделать алгоритм полностью транспарентным и доступным, но даже в этом случае понять его функционирование вряд ли возможно полностью. Кроме того, если говорить конкретно о системах, используемых в США, то методология алгоритма, включая значение каждой переменной в вычислении, защищается в качестве тайны дела и не раскрывается ни судье, ни осужденному. Разумеется, подобная непрозрачность создает массу поводов для беспокойства.

В Европе традиционно с большой внимательностью подходят к вопросам прав человека и открытости власти. Например, во Франции использование алгоритмов для оценки потенциальной опасности лица будет не совсем законно. Статья 47 Закона об информатике, картотеках и свободах (1978)⁵ устанавливает, что судебные решения, предусматривающие оценку поведения человека, не могут основываться на автоматизированной обработке персональных данных, имеющей целью оценку отдельных аспектов личности. Правда, некоторая подвижка произошла с принятием Закона № 2019-222 от 23 марта 2019 г., которым введена новая статья в Закон № 2016-1547 от 18 ноября 2016 г. о модернизации правосудия XXI века. Она предусматривает, что процедуры примирения, посредничества и третейского разбирательства, проводимые онлайн, не могут основываться исключительно на алгоритмической или автоматизированной обработке персональных данных. Таким образом, использовать алгоритмы для оценки поведения человека в рамках судебного процесса не запрещено полностью, но результаты анализа на основе автоматизированной обработки не могут служить единственной основой для принятия решения.

Отдельный вопрос — на базе каких ресурсов развивать алгоритмическую обработку данных. Главным источником сведений для обучения и работы искусственного интеллекта служат ранее вынесенные судебные решения. Во Франции решили массово распространять судебные решения с подачи Закона № 2016-1321 от 7 октября 2016 года о цифровой республике, который предусматривает бесплатное предоставление всех данных, полученных от государственных органов, и, следовательно, решений всех судов. Закон № 2019-222 от 23 марта 2019 года о программе правосудия несколько изменил действовавший порядок, предусмотрев, что решения, вынесенные французскими судами, будут предоставлены бесплатно для общественности в электронном виде. Как только эта реформа будет полностью осуществлена, должны появиться обширные базы данных судебных органов, создающие основу работы с алгоритмами машинного обучения. Тогда алгоритм сможет

⁵ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Available at: URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/> (дата обращения: 17.02.2022)

предугадать, каким может быть решение суда с учетом всех решений, принятых в прошлом. Однако алгоритм не сможет предложить правовых аргументов, обосновывающих это предположение, поскольку в системе континентального права (где общее правило применяется к конкретному случаю) учет прошлых решений не является достаточным для рассмотрения дела за исключением особо простых и повторяющихся споров. Единственное, что могут сделать алгоритмы, — это обрабатывать повторяющиеся ситуации, такие, например, как нарушение правил парковки или урегулирование конфликтов на платформе электронной коммерции. Алгоритмы не в состоянии рассматривать дела, имеющие определенную степень сложности.

Еще одна французская особенность — Закон 2019 года запретил именное профилирование судей (это значит, что в алгоритме не должны использоваться идентификационные данные судьи и судебного секретаря). При этом можно анализировать не только судебную практику по всей Франции, но и практику конкретного суда, сравнивая судебные решения в целом. Тем не менее, несколько французских стартапов (таких, как Case Law Analytics и Predictice) предлагают инструменты предсказания, позволяющие предвидеть возможные результаты судебной процедуры. Эти программные инструменты, в основном, обеспечивают оценку размера денежных средств, которые могут быть присуждены судом (ущерб и проценты, алименты, компенсационные пособия). Поэтому некоторые специалисты предлагают использовать термин «количественное правосудие» (*justice quantitative*), а не «предсказывающее правосудие» (*justice prédictive*), поскольку математические инструменты используются для моделирования решений в области правосудия, создания инструментов анализа и прогнозирования и количественной оценки судебных случаев [G'sell F., 2020: 307].

Таким образом, развитие приложений по решению рутинных правовых проблем, которые будут давать результаты на основании прошлых судебных решений, особенно актуально в странах общего права, где юристы систематически ссылаются на предыдущие решения. Напомним, что Россия принадлежит к континентальной системе права, и судебная практика даже по одному виду споров зачастую оказывается противоречивой и не совпадающей в разных регионах страны.

4. Дискриминационная обработка данных искусственным интеллектом

Существующие исследования дискриминационных рисков при обработке данных так или иначе выделяют несколько категорий недостатков. В считающейся основополагающей статье Barocas и Selbst [Barocas S., Selbst A.D., 2016: 677-693] выделяют пять способов, с помощью которых решение, при-

нимаемое искусственным интеллектом, может непреднамеренно привести к дискриминации. В широком плане проблемы связаны с: определением целевой переменной и классовых меток; маркировкой тренировочных данных; сбором тренировочных данных; выбором характеристик; выбором прокси-данных. Кроме того, шестым способом дискриминации является преднамеренное использование систем искусственного интеллекта в дискриминационных целях.

Рассмотрим виды недостатков, которые способны привести к дискриминационной обработке данных, а именно: неправильный сбор данных, агрегирование ошибочных данных, и невосприимчивость к нормативным установкам.

1. Сбор данных с дефектами. Общая причина недостаточных или даже дискриминационных результатов в решениях искусственного интеллекта — создание ошибочных обучающих данных. Смещенные входные данные с большей вероятностью приведут к смещенным выходным данным. Такое смещение на входе может быть вызвано либо недостаточной, либо избыточной представленностью данных.

Приведем довольно типичный пример. В паспортных органах Новой Зеландии используется автоматизированная система проверки фотографий, сделанных для получения паспорта. Система регулярно отклоняет фотографии людей азиатского происхождения, квалифицируя их изображения как не отвечающие требованиям, потому что на них изображены заявители с закрытыми глазами [Regan J., 2016]. Такое предвзятое автоматизированное решение стало прямым результатом ошибочного сбора исходных данных, т.е. система была создана с данными для обучения, собранными в основном от лиц неазиатского происхождения. Иными словами, результаты, выдаваемые искусственным интеллектом, не могут быть лучше, чем данные, которыми он «питался».

Другой пример — приложение Street View для смартфона использует геолокацию для мониторинга состояния дорог в городе. Если у меньшего числа бедных людей будет меньше смартфонов, чем у более богатых, то эта категория данных будет представлена недостаточно. Что может привести к тому, что об изношенных дорогах в бедных районах будет реже сообщаться в наборах данных, а, значит, реже будет производиться их ремонт [Zuiderveen Borgesius F., 2018: 10].

2. Агрегирование ошибочных данных. Еще одной причиной дискриминационного подхода со стороны искусственного интеллекта является неправильное агрегирование данных. В этом случае исходные данные для обучения как таковые репрезентативны, но проявления предвзятости возможны позднее, в процессе обработки.

Во-первых, искусственный интеллект может быть обучен на основе изначальной ручной агрегации данных и воспроизводить предвзятость конкретных лиц, ранее принимавших решения на основе этих данных, т.е. решения,

принятые когда-то людьми, становятся для искусственного интеллекта примером. Например, разные дефекты маркировки данных, когда технически невозможно отметить в качестве кредитоспособного человека из этнических меньшинств, который допустил три просрочки выплат по кредитам, в то время как для «белых» допускаются четыре задержки выплат по кредиту.

Данные для обучения становятся предвзятыми, если они отражают дискриминационные человеческие решения. Подобный пример описан в литературе. Для отбора в один из медицинских колледжей Великобритании, систематически получавший больше заявок на поступление, чем имелось мест, было разработано программное обеспечение, помогающее сортировать заявки. Алгоритм был обучен на основе записей о приеме в колледж в предыдущие годы, когда абитуриентов отбирали в «ручном режиме», т.е. по сути была воспроизведена предшествующая система отбора. В итоге было установлено, что компьютер ставит в невыгодное положение женщин и мигрантов, т.е. в предшествующие годы лица, ответственные за отбор студентов, предвзято относились к этим категориям лиц. Программа не внесла никакой новой предвзятости, а лишь повторила предвзятость, которая уже существовала в системе.

Во-вторых, дефекты могут быть спровоцированы и после подготовительного периода. Например, если выполнить поиск через Гугл женских причесок в деловом стиле и причесок неделового стиля, то поисковик показывает в первом случае в основном фотографии белых женщин со светлыми волосами, и фотографии темнокожих женщин — во втором. Гипотетически, если работодатель разрешает искусственному интеллекту отсканировать заявления на работу и разобраться с ними по критерию «непрофессиональный вид», это способно привести к юридически значимой расовой дискриминации [Tischbirek A., 2020: 106].

3. Невосприимчивость к нормативным установкам. Здесь речь идет о другой, более фундаментальной проблеме принятия решений на основе применения искусственного интеллекта, а именно, о статистике, которая может оценивать будущее только с учетом прошлого. Нормативные же соображения обусловлены оценкой фактов. Это значит, что перевести такие соображения на язык, понятный искусственному интеллекту, может быть весьма проблематично. В качестве примера в литературе приводится одно из самых значимых антидискриминационных решений Суда ЕС за последнее десятилетие — по делу Бельгийской ассоциации потребителей Test-Achats. В этом деле Суд заявил, что страховые тарифы, различающиеся в зависимости от пола клиента, нарушают принцип недискриминации ЕС⁶. Постановление Суда ЕС — пример того, как нормативное по своей природе предписание должно бороться с фактами современности на благо иной, будущей реальности.

⁶ CJEU C-236/09 'Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et al. v. Conseil des ministres' (1 March 2011), 2011 E.C.R. 773, paras 30–32.

В частности, были исследованы разнообразные статистические данные, говорящие о том, что мужчины гораздо чаще попадают в автомобильные аварии. И опять же, средняя продолжительность жизни женщин выше. Наконец, женщины обычно сталкиваются с большими расходами, связанными с беременностью. Следовательно, можно ожидать, что страхование автомобиля и страхование жизни должны обходиться дороже для мужчин, чем для женщин, в то время как логично ожидать, что тарифы медицинского страхования будут выше для женщин, нежели для мужчин.

Иными словами, если цифры правильные, то статистические знания призывают страховые компании использовать пол в качестве актуарного фактора. Но в правовом государстве указанные статистические знания и их последствия подчиняются политической оценке и, в конечном счете, юридическому структурированию. Принимаются соответствующие нормы — так, можно распределить расходы на беременность поровну между мужчинами и женщинами для обеспечения гендерных тарифов медицинского страхования; защита материнства — это даже конституционное обязательство во многих странах [Tischbirek A., 2020: 107].

Однако нормативные выводы, такие как требование об унисекс-тарифах, не столь устойчивы, когда в игру вступает искусственный интеллект. Так, простое исключение чувствительного параметра (в данном случае пола) не является перспективным, поскольку искусственный интеллект может «узнать» о поле кандидата, соотносить его со статистикой и предложить соответствующий тариф страхования. Постоянно меняющаяся, динамическая конфигурация алгоритма делает чрезвычайно трудным — или даже невозможным — ретроспективное определение всех решающих факторов при расчете конкретного страхового тарифа [Tischbirek A., 2020: 108–109].

5. Поиск правовых решений

Риски, в том числе дискриминационные, к которым может вести применение искусственного интеллекта в принятии решений, признаются во всем мире. В связи с этим интересно сопоставить различные подходы к урегулированию на современном этапе практики использования искусственного интеллекта с точки зрения прав человека.

Наиболее щепетильно к правам человека относится Европа, которая довольно последовательно движется по пути жесткой регламентации использования искусственного интеллекта. В Белой книге по искусственному интеллекту (a European approach to excellence and trust⁷) Европейский

⁷ Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52020DC0065> (дата обращения: 17.02.2022)

Союз в феврале 2020 уделил значительное внимание этике применения искусственного интеллекта, делая акцент на человекоцентричности и риск-ориентированном подходе к использованию технологий. В апреле 2021 г. появился проект Европейского регламента по искусственному интеллекту⁸, в котором соблюдение и эффективное применение существующего законодательства об основных правах имеют ключевое значение. Особую озабоченность вызвала возможность использования технологии не по назначению, с возникновением новых и мощных инструментов для манипулирования, эксплуатации и социального контроля. Поскольку подобная практика противоречит ценностям Союза и подрывает право на недискриминацию, право на защиту частной жизни и персональных данных, ее предполагается запретить. Так, статьей 5 проекта регламента запрещены следующие виды практики в области искусственного интеллекта:

маркетинг, ввод в эксплуатацию или применение системы искусственного интеллекта, использующей сублиминальные методы воздействия на подсознание человека, которые причиняют или могут причинить физический или психологический вред этому человеку или третьему лицу;

маркетинг, ввод в эксплуатацию или применение системы искусственного интеллекта, которая использует любые уязвимости, связанные с возрастом или физическими или умственными недостатками определенной группы лиц, для существенного изменения поведения члена этой группы таким способом, который причиняет или может причинить физический или психологический вред этому или третьему лицу;

маркетинг, заказ или использование государственными органами или от их имени систем искусственного интеллекта, предназначенных для оценки или ранжирования надежности отдельных лиц в течение определенного периода времени на основе их социального поведения или известных либо прогнозируемых личностных характеристик. Социальный балл (оценка) при этом влечет предвзятое или неблагоприятное отношение к определенным лицам, группам лиц в тех аспектах, которые не связаны с контекстом получения данных, или же такое предвзятое отношение является неоправданным или несоразмерным;

использование систем дистанционной биометрической идентификации в режиме реального времени в общественных местах в целях правоохранительной деятельности (за исключением поименованных в проекте регламента случаев, таких как целенаправленный поиск конкретных потенциальных жертв преступлений, включая пропавших детей; предотвращение конкретной, существенной и неминуемой угрозы жизни или физической безопас-

⁸ Available at : URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206> (дата обращения: 17.02.2022)

ности людей или предотвращение террористического акта; обнаружение, определение местонахождения, идентификация или преследование исполнителя или подозреваемого в совершении уголовного преступления).

Помимо этого проект регламента градирует системы искусственного интеллекта по степеням риска. В статье 6 определены правила отнесения систем искусственного интеллекта к категории высокого риска (это, например, скоринг при найме на работу, онлайн-биометрия, предиктивные системы в судопроизводстве). Таким образом, разновидность используемой в Китае системы социального скоринга (оценка и прогнозирование социального поведения лица) скоро будет полностью запрещена в Европе, а использование систем распознавания лиц — строго ограничено.

На американском континенте, несмотря на схожую озабоченность проблемами предвзятости и потенциальной дискриминации со стороны искусственного интеллекта, о прямых запретах речь пока не идет. Специалистами Национального института стандартов и технологий (National Institute of Standards and Technology, NIST) в июне 2021 года подготовлен проект предложений, изложенных в докладе «A Proposal for Identifying and Managing Bias in Artificial Intelligence»⁹. Отталкиваясь от определения Международной организации стандартизации (ISO), в котором под статистическим смещением, предвзятостью понимается степень, в которой эталонное значение отклоняется от истины, в докладе подчеркивается, что отклонение от истины может быть как положительным, так и отрицательным, оно может способствовать вредным или дискриминационным результатам, но может быть полезным. С точки зрения общества, предвзятость часто связана с ценностями и рассматривается через двойную призму дифференцированного обращения или диспропорционального воздействия — ключевых юридических терминов, относящихся к прямой и косвенной дискриминации соответственно.

Предполагается, что предвзятость присутствует во всех системах искусственного интеллекта, а собственно проблема заключается в выявлении предвзятости, ее измерении и управлении ею. Существующие отраслевые подходы в этом мало помогают — принято классифицировать предвзятость по типу (статистическая, когнитивная) или по сфере использования (прием на работу, здравоохранение и т.д.) — и не могут обеспечить широкой перспективы, необходимой для эффективного управления предвзятостью как явлением, зависящим от контекста. Соответственно, в докладе предпринята попытка преодолеть эту узость, и предлагается подход к управлению и снижению воздействия вредных предубеждений в различных контекстах. Для этого, отмечают разработчики, нужно использовать ключевые моменты на

⁹ Available at : URL : <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/SpecialPublications/NIST.SP.1270-draft.pdf> (дата обращения: 17.02.2022)

этапах жизненного цикла искусственного интеллекта для оптимального выявления и управления предубеждениями.

Основные выводы в докладе сводятся к следующему: предвзятость не является ни новым, ни уникальным явлением для искусственного интеллекта; цель заключается не в нулевом риске, а в выявлении, понимании, измерении, управлении и уменьшении предвзятости; необходимы стандарты и руководства, определяющие терминологию, способы измерения и оценки предвзятости; необходимы методы снижения предвзятости, которые являются гибкими и могут применяться в различных контекстах, независимо от отрасли; NIST планирует разработать требования к надежному и ответственному использованию искусственного интеллекта при участии широкого круга заинтересованных сторон, чтобы гарантировать, что стандарты и практика отражают точки зрения, которые традиционно не учитываются при разработке технологий; NIST разработает дополнительное руководство по обеспечению, управлению и совершенствованию практики, а также методы улучшения коммуникации между различными заинтересованными сторонами.

Таким образом, американский вариант представляет собой развитие преимущественно технического регулирования без жесткого законодательства. Примерно в том же ключе выстраивается понимание проблематики в Австралии. Комиссия по правам человека Австралии (the Australian Human Rights Commission) в марте 2021 года представила доклад «Human Rights and Technology»¹⁰. Принципы этики искусственного интеллекта, разработанные правительством Австралии, гласят, что системы искусственного интеллекта не должны приводить к несправедливой дискриминации. В принципах признается ответственность тех, кто участвует в принятии решений на основе искусственного интеллекта, чтобы гарантировать, что эти решения соответствуют антидискриминационным законам.

В качестве решения проблемы алгоритмической предвзятости в докладе предлагается расширить подотчетность принятия решений на основе искусственного интеллекта. Кроме того, может возникнуть необходимость в более целенаправленной реформе антидискриминационного законодательства, чтобы решить такие вопросы, как воздействие зависимости от конкретного фактора или комбинации факторов на защищенные признаки, и каким образом это может быть связано с правовыми концепциями прямой и косвенной дискриминации. Также необходимо изучить, как конкретные методы деятельности искусственного интеллекта, такие как предиктивные алгоритмы машинного обучения, могут привести к новым формам дискриминации посредством установления связей на основе множества точек

¹⁰ Available at: URL: https://tech.humanrights.gov.au/sites/default/files/2021-05/AHRC_RightsTech_2021_Final_Report.pdf (дата обращения: 17.02.2022)

данных. В итоге констатируется необходимость разработки руководства для правительственных и неправительственных организаций по соблюдению федеральных антидискриминационных законов при принятии решений на основе искусственного интеллекта.

Как видим, в силу инновационного характера искусственного интеллекта пока ни одно государство не выработало окончательной позиции и четких правил его антидискриминационного функционирования. Напомним, что в России использование искусственного интеллекта не регулируется специально, существуют только нормы законодательства о защите персональных данных, которые необходимо соблюдать, в том числе при использовании цифровых технологий. При этом в российской науке проблемы дискриминации при применении искусственного интеллекта практически не поднимаются.

Наконец, для полноты картины обратимся к международному уровню. Совет по правам человека ООН (Human Rights Council) принял по итогам своей 47-й сессии Резолюцию о поощрении, защите и осуществлении прав человека в Интернете¹¹ (июль 2021 г.). Данный документ ООН связан с конкретной ситуацией блокировок Интернета в Мьянме и разработан с целью осуждения практики блокировок Интернета и онлайн-цензуры; при этом в тексте многократно упоминается дискриминация. Резолюция призывает все государства активизировать усилия по преодолению цифрового разрыва, включая гендерный цифровой разрыв, и расширить использование информационно-коммуникационных технологий в целях содействия осуществлению прав человека для всех, в том числе путем содействия созданию благоприятной онлайн-среды, безопасной и способствующей участию всех без какой-либо дискриминации и с учетом интересов лиц, сталкивающихся с систематическим неравенством (systemic inequalities). Системный характер дискриминации, действительно, является наиболее опасным последствием применения искусственного интеллекта, в силу чего актуализируется необходимость полноценного урегулирования и контроля качества данных, используемых для обучения искусственного интеллекта.

Заключение

Обработка данных искусственным интеллектом, с одной стороны, повторяет, имитирует человеческую деятельность (и в этом смысле воспроизводит все человеческие предвзятости), но, с другой стороны, способна игнорировать нормативные препоны в виде декларативных призывов к недискриминации. Это означает, что законодательство, которое в будущем сложится в отноше-

¹¹ Available at: URL: https://d-russia.ru/wp-content/uploads/2021/07/un_hrc_internet_english.pdf (дата обращения: 17.02.2022)

нии использования искусственного интеллекта, должно среди прочего учитывать и нейтрализовать риски дискриминации, сочетая при этом правовые и технические подходы. Предлагаемые параметры и критерии алгоритмической обработки должны пройти правовую экспертизу на предмет возможной дискриминации, это относится как к отбору данных для обучения, так и непосредственно к разработке алгоритма. Вероятно, потребуется специальная сертификация со стороны государства разрабатываемых алгоритмов (она может быть шире по предмету, но антидискриминационная оценка должна стать составной частью). Наконец, самое сложное — приоткрыть «черный ящик», сделать алгоритмы понятными и доступными, в том числе для судебного обжалования принятых на их основе конкретных решений.



Список источников

1. Бартенев Д.Г. Запрет дискриминации: практический обзор подходов Европейского суда по правам человека // *Международное правосудие*. 2019. № 1. С. 43–66.
2. Лапаева В.В. Правовой принцип формального равенства // *Журнал российского права*. 2008. № 2. С. 67–80.
3. Нерсесянц В.С. К праву. О происхождении равенства (из неопубликованного) // *История государства и права*. 2009. № 17. С. 2–7.
4. Романовский В.Г. Профилирование террористов и конституционная защита прав человека // *Конституционное и муниципальное право*. 2020. № 10. С. 46–50.
5. Barocas S., Selbst A.D. Big Data's disparate impact. *California Law Review*, 2016, vol. 104, pp. 671–732.
6. Bosco F., Creemers N., Ferraris V. et al. Profiling Technologies and Fundamental Rights and Values: Regulatory Challenges and Perspectives from European Data Protection Authorities / S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert (eds.). *Reforming European Data Protection Law*. Berlin: Springer, 2014, pp. 3–33.
7. Bygrave L.A. Data protection law: Approaching its rationale, logic and limits. *The Hague: Kluwer Law International*, 2002, 456 p.
8. Feldman E.A., Quick E. Genetic Discrimination in the United States: What State and National Government Are Doing to Protect Personal Information / Khoury L., Blackett A., Vanhonnaeker L. (eds.). *Genetic Testing and the Governance of Risk in the Contemporary Economy*. Berlin: Springer, 2020, pp. 331–354.
9. G'sell F. Les progrès à petits pas de la «justice prédictive» en France. *ERA Forum*, 2020, vol. 21, pp. 299–310.
10. Hildebrandt M. Profiling and AML / K. Rannenberg, D. Royer, A. Deuker (eds.). *The Future of Identity in the Information Society. Challenges and Opportunities*. Heidelberg: Springer, 2009, pp. 273–310.
11. Khoury L., Blackett A., Vanhonnaeker L. Legal Aspects of Genetic Testing Regarding Insurance and Employment. General Report / Khoury L. et al (eds.). *Genetic Testing and the Governance of Risk in the Contemporary Economy, Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law 34*. Berlin: Springer, 2020, pp. 3–67.
12. Miné M. Les concepts de discrimination directe et indirecte. *ERA Forum*, 2003, vol. 4, pp. 30–44.

13. Nömper A. Geenitestide õiguslikust regulatsioonist. *Juridica II*, 2001, pp. 113–123.
14. Pormeister K. The Prohibitions Against Genetic Discrimination in Estonia / Khoury L., Blackett A., Vanhonnaeker L. (eds.). *Genetic Testing and the Governance of Risk in the Contemporary Economy*. Berlin: Springer, 2020, pp. 179–191.
15. Regan J. New Zealand passport robot tells applicant of Asian descent to open eyes, 2016. Available at: URL: www.reuters.com/article/us-newzealand-passport-error/newzealand-passportrobot-tells-applicant-of-asian-descent-to-open-eyes-idUSKBN13W0RL (дата обращения: 17.02.2022).
16. Rouvroy A., Poullet Y. The right to informational self-determination and the value of self-development. Reassessing the importance of privacy for democracy / S. Gutwirth et al. (eds.). *Reinventing Data Protection?* Dordrecht: Springer, 2009, pp. 45–76.
17. Tischbirek A. Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating Against Discriminatory Systems / Th. Wischmeyer, T. Rademacher. *Regulating Artificial Intelligence*. Berlin: Springer, 2020, pp. 103–121.
18. Zuiderveen Borgesius F. Discrimination, intelligence artificielle et décisions algorithmiques. Etude à l'intention du Service anti-discrimination du Conseil de l'Europe. Strasbourg: Conseil de l'Europe, 2018, 51 p.



References

1. Barocas S., Selbst A.D. (2016) Big Data's disparate impact. *California Law Review*. Vol. 104, pp. 671–732. DOI: <http://dx.doi.org/10.15779/Z38BG31>
2. Bartenev D.G. (2019) Forbidding discrimination: the review of the approaches of the ECHR. *Mezhdunarodnoe pravosudie=International Justice*, no 1, pp. 43–66. (in Russ.).
3. Bosco F., Creemers N., Ferraris V. et al. (2014) Profiling Technologies and Fundamental Rights and Values: Regulatory Challenges and Perspectives from European Data Protection Authorities. S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert (eds.). *Reforming European Data Protection Law*. Berlin: Springer, pp. 3–33.
4. Bygrave L.A. (2002) *Data protection law: Approaching its rationale, logic and limits*. The Hague: Kluwer Law International, 456 p.
5. Feldman E.A., Quick E. (2020) Genetic Discrimination in the United States: What State and National Government Are Doing to Protect Personal Information. Khoury L., Blackett A., Vanhonnaeker L. (eds.). *Genetic Testing and the Governance of Risk in the Contemporary Economy*. Berlin: Springer, pp. 331–354.
6. G'ssell F. (2020) Les progrès à petits pas de la «justice prédictive» en France. *ERA Forum*. Vol. 21, pp. 299–310. DOI 10.1007/s12027-020-00618-6.
7. Hildebrandt M. (2009) Profiling and AML. In: K. Rannenberg, D. Royer, A. Deuker (eds.). *The Future of Identity in the Information Society. Challenges and Opportunities*. Heidelberg: Springer, p p. 273–310.
8. Khoury L., Blackett A., Vanhonnaeker L. (2020) Legal Aspects of Genetic Testing Regarding Insurance and Employment. General Report. Khoury L. et al (eds.), *Genetic Testing and the Governance of Risk in the Contemporary Economy, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law* 34, https://doi.org/10.1007/978-3-030-43699-5_1. Berlin: Springer, pp. 3–67.
9. Lapaeva V.V. (2008) The Principle of Formal Equality. *Zhurnal rossijskogo prava=Russian Law Journal*. no 2, pp. 67–80 (in Russ.).
10. Miné M. (2003) Les concepts de discrimination directe et indirecte. *ERA Forum*. Vol. 4, pp. 30–44.

11. Nersesyants V.S. (2009) Towards law. About the origin of equality (from the unpublished). *Istoriya gosudarstva i prava=History of State and Law*, no 17, pp. 2–7 (in Russ.).
12. Nõmper A. (2001) Geenitestide õiguslikust regulatsioonist. *Juridica II*, pp. 113–123.
13. Pormeister K. (2020) The Prohibitions Against Genetic Discrimination in Estonia. Khoury L., Blackett A., Vanhonnaeker L. (eds.). *Genetic Testing and the Governance of Risk in the Contemporary Economy*. Berlin: Springer, pp. 179–191.
14. Regan J. (2016) New Zealand passport robot tells applicant of Asian descent to open eyes. Available at: www.reuters.com/article/us-newzealand-passport-error/new-zealand-passportrobot-tells-applicant-of-asian-descent-to-open-eyes-idUSKBN13W0RL (accessed: 17 February 2022)
15. Romanovskiy V.G. (2020) Profiling Terrorists and Human Rights Constitutional Protection. *Konstitutsionnoe i municipal'noe pravo=Constitutional and Municipal Law*, no 10, pp. 46–50. (in Russ.)
16. Rouvroy A., Poullet Y. (2009) The right to informational self-determination and the value of self-development. Reassessing the importance of privacy for democracy. S. Gutwirth et al. (eds.). *Reinventing Data Protection?* Dordrecht: Springer, pp. 45–76.
17. Tischbirek A. (2020) Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating Against Discriminatory Systems. Th. Wischmeyer, T. Rademacher. *Regulating Artificial Intelligence*. Springer pp. 103–121. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5>
18. Zuiderveen Borgesius F. (2018) *Discrimination, intelligence artificielle et décisions algorithmiques. Etude à l'intention du Service anti-discrimination du Conseil de l'Europe*. Strasbourg: Conseil de l'Europe. 51 p.

Информация об авторе:

Э.В. Талапина — доктор юридических наук, доктор права (Франция), главный научный сотрудник.

Information about the author:

E.V. Talapina — Doctor of Science (Law), Doctor of Law (France), Chief Researcher.

Статья поступила в редакцию 16.10.2021; одобрена после рецензирования 24.12.2021; принята к публикации 17.01.2022.

The article was submitted to the editorial office 16.10.2021; approved after reviewing 24.12.2021; accepted for publication 17.01.2022.

Научная статья

УДК 340.14

DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.28.58

Национальное мягкое право как правовой феномен и инструмент повышения стабильности законодательства



Иван Алексеевич Усенков

Волгоградский государственный университет, 400062 Россия, Волгоград, пр-т
Университетский, 100. i.usenkov@volsu.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2522-8517>



Аннотация

Предметом исследования является феномен мягкого права применительно к национальному праву. Цель исследования — проанализировать указанный феномен и выявить его сущность, роль и место, а также влияние на правовую стабильность. Методологический аппарат статьи сформирован на основе методов формальной логики, системного и структурного анализа, мысленного эксперимента, методов правового прогнозирования и толкования правовых норм, моделирования с применением идеальных моделей, сравнительного анализа и экстраполяции. На основе анализа актуальных достижений зарубежной и отечественной научной мысли выявляются и систематизируются признаки мягкого права, позволяющие отграничить его как от традиционного права, так и от неправовых явлений. Указанный анализ производится в контексте актуализации категории «мягкое право», достаточно широко исследованной применительно к международным отношениям и к национальным системам права. Предлагаются авторские дефиниция и классификация мягкого права, раскрываются феномен «правовой легитимности» и детерминанты создания мягкого права. Сформулирован вывод о том, что для признания мягко-правовой сущности нормы необходимо, чтобы она, не обладая хотя бы одним из обязательных признаков нормы традиционного права, чаще всего — общеобязательной нормативности, была способна порождать косвенные правовые последствия либо значительные последствия неправового характера. Также рассматриваются некоторые официальные документы, которые широко представлены в отечественном правовом регулировании и могут быть обозначены в качестве актов национального мягкого права. Предпринята попытка не только постулировать их особый статус, но и обосновать наличие у них признаков мягкого права. По результатам исследования можно заявлять о наличии

подобных признаков у официальных разъяснений, документов планирования и актов рекомендательного характера. Также рассмотрено влияние подобных документов на стабильность российского законодательства. Выявлен их значительный потенциал в указанной области, поскольку акты национального мягкого права, во-первых, сами по себе обладают большей стабильностью, чем акты традиционного права, во-вторых, позволяют избежать дополнительных изменений в законодательстве.



Ключевые слова

мягкое право, косвенные правовые последствия, правовая легитимность, теория от-носительной нормативности, бинарная теория права, официальные разъяснения, до-кументы планирования

Благодарности: Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций ав-торов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Финансирование: Исследование выполнено за счет средств гранта Российского на-учного фонда № 21-18-00484, <https://rscf.ru/project/21-18-00484/>.

Для цитирования: Усенков И.А. Национальное мягкое право как правовой феномен и инструмент повышения стабильности законодательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 1. С. 28–58. DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.28.58.

Research article

National Soft Law as a Legal Phenomenon and a Tool for Increasing Stability of Legislation



Ivan A. Usenkov

Volgograd State University, 100 University prospect, Volgograd, Russia 400062. i.usenkov@volsu.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2522-8517>



Abstract

The subject of the study is the phenomenon of soft law in relation to national law. The purpose of the study is to analyze this phenomenon and identify its essence, role and place, as well as its impact on legal stability. The methodological apparatus of the article is formed on the basis of methods of formal logic, system and structural analysis, thought experiment, methods of legal forecasting and interpretation of legal norms, modeling using ideal models, comparative analysis and extrapolation. Based on the analysis of current achievements of foreign and domestic scientific thought, the signs of soft law are identified and systematized, allowing it to be distinguished from both traditional law and non-legal phenomena. This analysis is carried out in the context of updating the category of “soft law”, which has been widely studied in relation to international relations, to national legal systems. The author’s

definition and classification of soft law are proposed, the phenomenon of “legal legitimacy” and the determinants of the creation of soft law are revealed. The conclusion is formulated that in order to recognize the soft-legal essence of the norm, it is necessary that it, without possessing at least one of the mandatory features of the norm of traditional law, most often mandatory normativity, be able to generate indirect legal consequences or significant consequences of a non-legal nature. Some official documents are also considered, which are widely represented in the domestic legal regulation and can be designated as acts of national soft law. An attempt has been made not only to postulate their special status, but also to justify the presence of signs of soft law in them. According to the results of the study, it is possible to declare the presence of such signs in official explanations, planning documents and acts of a recommendatory nature. The influence of such documents on the stability of Russian legislation is also considered. Their significant potential in this area has been revealed, since acts of national soft law, firstly, have greater stability in themselves than acts of traditional law, and secondly, they allow avoiding additional changes in legislation.

Keywords

soft law, indirect legal consequences, legal legitimacy, theory of relative normativity, binary theory of law, official explanations, planning documents, advisory acts

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

Financing: The study is financially supported by the Russian Science Foundation, project № 21-18-00484, <https://rscf.ru/project/21-18-00484/>.

For citation: Usenkov I. A. (2022) National Soft Law as a Legal Phenomenon and a Tool for Increasing Stability of Legislation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 1, pp. 28–58 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.28.58.

Введение

Сегодня термины «мягкое право», «soft law» крайне популярны в научном дискурсе. При этом палитра многообразных точек зрения относительно обозначаемого ими феномена преимущественно сводится к позиции, согласно которой мягкое право — это интересное и имеющее достаточно важное значение для международно-правовых отношений явление, которое в контексте национального законодательства не упоминается вовсе либо упоминается весьма поверхностно [Романова М.Е., 2017: 37–40]; [Рыкова А.А., 2016: 1–25]; [Волова Л.И., 2019: 31–35]; [Любченко М.Я., 2017: 256–270].

Между тем, международные нормы мягкого права отмечаются как более гибкие, динамичные в сравнении с «жестким правом»: они не требуют длительных и сложных процедур принятия и ратификации, лучше адаптируются к изменениям в общественных отношениях [Meyer T., 2008: 897]. То есть в правовом пространстве существует реально функционирующий юридический феномен (или, как минимум, его существование заявляется многими

практикующими юристами и учеными), тесно взаимодействующий с традиционным правом и имеющий по отношению к нему альтернативную динамику. На наш взгляд, это является достаточным поводом для того, чтобы отграничить, если возможно, мягкое право от смежных явлений и постараться выявить, реально ли с его помощью положительно влиять на стабильность национальных систем права.

1. Объем понятия «мягкое право»

В позитивном представлении о праве оно обладает тремя основными свойствами: общеобязательная нормативность, определенность содержания и государственная обеспеченность (гарантированность) [Алексеев С.С., 2002: 49]. Мягкое право из приведенного списка обладает лишь определенностью содержания, в связи с чем дискуссия о его сущности как, собственно, права может быть завершена. Однако каким образом изменится эта трактовка, если правовые последствия нарушения «мягкой» нормы пусть косвенно, но все же наступят? Если подобное нарушение, само по себе не значимое с юридической точки зрения, становится чрезвычайно значимым в иных аспектах? Всегда ли требуется государственная гарантированность нормам и правилам, которые создаются в современном мире негосударственными акторами или самим сообществом, к которому эти нормы направлены?

Ответом на указанные вопросы явилась теория относительной нормативности, которая, в отличие от бинарной теории права, отрицает четкую границу между правом и «неправом», проходящую по юридической обязательности предписания [Демин А.В., 2015]. Согласно указанной теории, правовые предписания спектрально градируются по степени их нормативности: от обеспеченных санкциями императивов до рекомендаций, основывающихся лишь на авторитете и компетентности издавшего их органа или лица [Shelton D., 2006: 180–181].

Данная теория, впрочем, подвергается критике в связи с тем, что якобы в отсутствие юридической ответственности реализация норм *soft law* гарантируется исключительно возможностью наступления негативных последствий иного порядка: политических, социальных или экономических [Рыкова А.А., 2016: 1–25]. Указанная точка зрения представляется нам недостаточно обоснованной. Во-первых, не все нормы «жесткого» права предполагают юридическую ответственность за их нарушение (к примеру, нормы-декларации). Во-вторых, даже при наличии юридической ответственности за нарушение правовой нормы иные виды ответственности порой влекут куда более серьезные последствия (достаточно сравнить юридическую и политическую ответственность депутата Государственной Думы РФ, совершившего мелкое хулиганство). Почему в таком случае нормы, созданные, например, опреде-

ленным кругом субъектов и обращенные к нему же, не могут быть гарантированы негативными последствиями со стороны акторов данного пространства, а не волей государственного принуждения? Наконец, как мы убедимся далее, нормы мягкого права вполне способны вызывать весьма значительные последствия юридического характера.

Другой крайностью является включение в число источников мягкого права самого широкого спектра документов: судебных актов, актов толкования, правовых обычаев, документов, содержащих декларативные или даже просто не в достаточной мере конкретизированные нормы [Еремин С.Г., 2020: 63–71]. Подобная трактовка, на наш взгляд, является чрезмерно расширительной.

Чтобы окончательно определить объем исследуемого понятия, проанализируем точки зрения зарубежных ученых относительно его дефиниции.

3. Георгиева рассматривает природу мягкого права как института, способного создавать косвенные правовые последствия [Georgieva Z., 2015: 223–260]. Данная формулировка означает, что в силу своих внутренних особенностей акт, не имеющий обязательной силы, в результате применения его при толковании «жесткой» нормы либо при использовании общих принципов права способен создавать правовые последствия. В число актов *soft law*, таким образом, включаются акты толкования и рекомендательные акты. М. Кнауфф квалифицирует мягкое право как правила, регулирующие поведение, которые создаются суверенными властями или органами, участвующими в осуществлении суверенных полномочий, и либо не имеют юридически обязательных последствий, либо, если эти последствия ограничены внутренней сферой администрации, адресатами предписаний являются только административные органы [Knauff M., 2021: 45–58]. В числе актов *soft law* ученый указывает планы, рекомендации, неофициальные соглашения и административные указания. К. Парелла рассматривает мягкое право в качестве института, в котором ослаблены одно или несколько свойств, которыми должно обладать право в традиционном его понимании [Parella K., 2020: 168–173]. В качестве актов мягкого права автор рассматривает в основном необязательные для применения принципы ведения предпринимательской деятельности.

Как видно, даже среди западных авторов отсутствует единогласие в отношении понимания сущности мягкого права, в связи с чем для того, чтобы прийти к некой консенсуальной позиции, необходимо рассмотреть приведенные точки зрения более подробно.

Авторы, придерживающиеся первой из приведенных позиций, утверждают возможность промежуточных, «квазиправовых» явлений, существующих на границе между жестким формализмом деления всех явлений на правовые и неправовые [Georgieva Z., 2015: 223–260]. При этом отмечается, что в отсутствие юридических последствий мягкое право является политическим, а не правовым феноменом. Для того, чтобы определить место *soft law* среди

сфер общественной жизни, необходимо ответить на два вопроса: 1) почему акты мягкого права должны иметь правовые последствия? 2) каковы юридические основания и механизм реализации актов мягкого права?

Одним из возможных ответов на первый вопрос может быть феномен «правовой легитимности», действие которого можно проследить в практике Европейского союза. Так, ст. 17 Договора о ЕС предоставляет Европейской комиссии достаточно широкие полномочия по толкованию и предоставлению рекомендаций по применению существующего законодательства, которые реализуются в издании ей уведомлений, руководящих принципов и сообщений¹. Они издаются Европейской комиссией в одностороннем порядке и не имеют обязательной юридической силы закона или подзаконного акта. Преимущественно подобные акты должны служить дополнением к уже существующему законодательству, обобщать и уточнять практику принятия решений, не нанося ущерба прецедентному праву ни национальных, ни наднациональных судов.

Однако некоторые акты мягкого права не укладываются в эти рамки, выходя за границы толкования и создавая новые нормы поведения. При этом большинство из таких документов содержат императивные, убедительные формулировки.

Например, ст. 101 Договора о функционировании ЕС, содержащая запреты определенных видов поведения как антиконкурентного и исключения из этих запретов, непосредственно применяется национальными судами и антимонопольными органами². Установленные в статье общие нормы конкретизируются как в имеющих обязательную силу регламентах, так и в рекомендациях, представляющих собой акты мягкого права [Georgieva Z., 2015: 223-260]. Рекомендации снижают угрозу непоследовательности правоприменения, следующую из применения норм большим количеством различных субъектов. Высокий уровень детализации этих документов, часто невозможный для регламентов и директив, имеет двойственные последствия: с одной стороны, действительно упорядочивает практику, с другой — создает у субъектов регулирования (в данном случае — хозяйствующих субъектов) ожидания того, что иные субъекты и правоприменительные органы действительно будут руководствоваться данными актами мягкого права. В случае, если в судебной защите от нарушения прав, вытекающих из подобных норм будет отказано, получится, что создание soft law, преследуя обеспечение правовой определенности и ясности правовых норм, по сути, эти же ценности и нарушает.

¹ Договор о Европейском союзе (Маастрихт, 07.02.1992) (в ред. Лиссабонского договора 2007 г.) (2016/C 202/01) // СПС КонсультантПлюс.

² Договор о функционировании Европейского Союза (новая редакция). Available at: URL: <https://eulaw.ru/treaties/tfeu/> (дата обращения: 30.10.2021)

Ключевое возражение против необходимости юридического признания таких норм мягкого права заключается в том, что «мягкие» нормы в этом случае могут подменять собой «жесткие», так как при облегченной процедуре принятия и равном судебном признании для субъекта правотворчества велик соблазн принять очередную норму именно в «мягкой» форме.

Однако по мнению сторонников гибкого взгляда на право, придание юридической обязательности положениям *soft law* проистекает не столько из факта их принятия уполномоченным или авторитетным органом, а из признания и готовности субъектов, к которым норма мягкого права обращена, следовать ей [Finnemore M., Toope S., 2001: 743]. Именно в этом заключается феномен «правовой легитимности»: в отсутствие традиционной нормативности акторы юридического пространства понимают, почему данные правила необходимы, и согласны с ними. При этом четкая артикуляция, конкретизация положений и иные характеристики, отдаляющие нормы мягкого права от нечетких и декларативных норм, не вводят в заблуждение относительно их правовой природы, но дополнительно способствуют восприятию актов мягкого права именно как права.

Если следовать данному подходу, применение судами норм мягкого права возможно и даже необходимо, но только в том случае, если суд в конкретной ситуации придет к выводу о том, что «мягкая» норма действительно обладает легитимностью. Среди наиболее корректных юридических оснований такого правоприменения можно выделить следующие:

общие принципы права, в первую очередь — принципы правовой определенности и защиты законных ожиданий, часто синонимичные. Реализация мягкого права через указанные принципы основана на приведенной выше трактовке «правовой легитимности»;

имплицитное применение мягкого права. Этот сценарий реализуется, когда суды демонстрируют свое согласие с содержанием акта мягкого права, но делают это, ссылаясь на его содержание, а не на сам документ.

Впрочем, на настоящий момент судебные инстанции весьма осторожно подходят к применению мягкого права, чаще всего отказываясь признавать его юридически значимым. Однако в практике уже встречаются примеры, когда суды, исходя из анализа содержания и места опубликования, приходят к выводу об отсутствии у акта мягкого права обязательной силы, но при рассмотрении существа спора, пусть и перефразируя, используют содержащиеся в нем нормы³.

Стоит отметить, что указанные подходы не только не означают трансформации мягкого права в жесткое, но и несовместимы с теорией, которая

³ Expedia Inc. v. Autorite De La Concurrence and Others, CJEU Case C-226/11, para. 27 (Dec. 13, 2012). Available at: URL: <https://curia.europa.eu> (дата обращения: 30.10.2021)

настаивает на признании мягкого права только путем такого преобразования, так как в первом случае с формальной точки зрения применяются именно общие принципы права, во втором — только судебное толкование [Chinkin C., 1989: 850]. Использование этих промежуточных инструментов позволяет не создавать прецеденты прямого применения норм мягкого права и не порождать тем самым дополнительной неопределенности в вопросе об их юридической силе и ее источниках.

Впрочем, указанные выводы справедливы для правоприменительной практики национальных судов, тогда как прецедентное право ЕС порой фиксирует в рамках судебного толкования необходимость применения норм мягкого права, причем такое толкование является обязательным для национальных судебных систем [Howells G., 1998: 329].

Так, в деле 322/88 *Savatore Grimaldi v. Fonds Des Maladies* Суд ЕС постановил, что «европейский перечень» профессиональных заболеваний, который по своей форме представляет акт мягкого права — приложение к другому акту мягкого права (рекомендации Европейской комиссии), не может быть нивелирован отсутствием надлежащего правового статуса и, безусловно, может привести к правовым последствиям. Кроме того, Судом сделан вывод о том, что «национальные суды обязаны принимать во внимание рекомендации для разрешения споров, представленных им, в частности, в тех случаях, когда они проливают свет на толкование национальных мер, принятых для их осуществления, или когда они предназначены для дополнения обязательных положений сообщества»⁴.

Таким образом, придерживаясь более широкого, чем исключительно позитивистский, взгляда на право, можно сделать вывод о том, что феномен «правовой легитимности» должен обуславливать возможность опосредованного (в первую очередь, через применение общих принципов права, таких как правовая определенность и защита законных ожиданий, и имплицитное использование при толковании) применения судами и соответствующими органами норм мягкого права, не трансформирующего их в «жесткое» право, но создающего косвенные правовые последствия. При этом существующая правоприменительная практика ЕС содержит лишь единичные случаи реализации подобной позиции.

Другой подход демонстрируют исследователи национального уровня мягкого права. Они по-иному отвечают на вопросы о причинах и последствиях существования мягкого права, выделяют в связи с этим более широкую палитру форм его бытия. В частности, в качестве детерминант создания

⁴ *Salvatore Grimaldi v. Fonds Des Maladies Professionnelles*, CJEU Case C-322/88, 1989. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A61988CJ0322> (дата обращения: 30.10.2021)

актов soft law рассматриваются преимущественно следующие его функции: подготовительная и дополнительная [Knauff M., 2021: 45–58]. Первая имеет значение в ситуациях, когда нормативно-правовой акт требует предварительной апробации в виде «мягкого» документа, который позже принимается в «жесткой» форме, либо процедура его принятия занимает значительное время, а регулирование необходимо уже сейчас. Вторая функция реализуется при принятии актов мягкого права, которые дополняют традиционное законодательство в тех сферах, где «жесткий» акт является чрезмерным и объективно не требуется.

Очевидно, что при подобной трактовке документы мягкого права не всегда могут влечь за собой юридические последствия. На примерах актов soft law Германии, издаваемых в сфере регулирования различных последствий пандемии COVID-19, рассмотрим наиболее часто выделяемые группы внутригосударственных документов мягкого права.

Документы планирования. Например, Национальный план борьбы с пандемиями представляет собой необязательный документ, опубликованный в сети Интернет, который служит технической основой для принятия решений о мерах по подготовке к пандемии и мерах, которые должны быть приняты во время конкретной пандемии⁵. Имеет «руководящий», но необязательный характер.

Рекомендации. Один из наиболее часто артикулируемых источников мягкого права. Важно при этом отделять рекомендации от рекомендательно-правовых норм, содержащихся в нормативно-правовых документах и устанавливающих желательные для публичной власти варианты поведения [Hillgenberg H., 1998: 81]; [Schäfer R., 2020: 827]; [Nasser S., 2008: 108]; [Walter R., 2005: 21]; [Chinkin C.M., 1989: 850]. Сила и значимость рекомендаций обычно проистекают из их близкой связи с источниками традиционного права. При этом создаваемые рекомендательными актами последствия порой могут иметь юридическую природу. Например, Федеральное министерство иностранных дел Германии издает предупреждения о поездках, которые имеют рекомендательный характер, оставляя окончательное решение об отмене поездки самому гражданину. Однако если такое решение все же будет принято, наличие соответствующего предупреждения является основанием для отказа от бронирования в связи с поездкой без финансовых последствий [Winkelmüller M., 2020: 187, 190]. Но даже в таком случае ключевое влияние «мягкой» нормы проявляется в неправовой области: так, благодаря изданию Предупреждения о поездках по всему миру, опубликованного

⁵ Robert Koch Institut, «Influenza Pandemiepläne der Bundesländer». Available at: URL: www.rki.de/DE/Content/InfAZ/I/Influenza/Pandemieplanung/Pandemieplaene_Bundeslaender.html (дата обращения: 30.10.2021)

17 марта 2020 года, обычно чрезвычайно мобильное население Германии почти полностью сократило свою туристическую активность [Knauff M., 2021: 45–58].

Неофициальные соглашения. Имеются в виду соглашения между федеральным правительством и правительствами земель, направленные на обеспечение единообразной правовой политики федеральных земель по всей Германии. Такие соглашения впоследствии были преимущественно преобразованы в акты традиционного права⁶.

Административные указания. Представляют собой инструкции и положения, которые содержат правила, имеющие обязательную силу для органов, к которым они обращены [Schuppert G., 2000: 261]. В основном они содержат разъяснения закона, правила контроля за его исполнением или дополнения нормативных актов исполнительной власти.

Несмотря на наличие юридической обязательности указанных документов только в рамках соответствующих ведомств, их «мягкая сила» может быть весьма значительной. Например, Федеральное министерство образования и научных исследований разъяснило органам федеральных земель, ответственных за реализацию Федерального закона об индивидуальной помощи в области образования и профессиональной подготовки, что меры такой помощи должны оказываться в том числе в случаях, вызванных пандемией⁷. Несмотря на отсутствие обязательности данных разъяснений для кого-либо, кроме его непосредственного адресата, они создают косвенные правовые последствия для третьих лиц: например, претендующих на меры поддержки, в которых в отсутствие подобных разъяснений им соответствующими органами федеральных земель могло быть отказано и им пришлось бы добиваться их получения в судебном порядке.

Таким образом, в качестве национальных актов мягкого права рассматриваются такие, которые порождают правовые последствия, хотя бы и косвенные, и такие, которые порождают исключительно неправовые последствия. Данная точка зрения представляется вполне корректной постольку, поскольку даже в тех случаях, когда акт мягкого права имеет и юридические, и неюридические последствия, последние порой являются куда более значительными.

⁶ Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, «Telefonschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 06. Mai 2020» (6 May 2020). Available at: URL: www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/telefonschaltkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-06-mai-2020-1750988 (дата обращения: 30.10.2021)

⁷ Bundesministerium für Bildung und Forschung, «Allgemeine Verwaltungsvorschriften zum BAföG (BAföG VwV)». Available at: URL: www.bafög.de/de/allgemeine-verwaltungsvorschriften-zum-bafoeg-bafoeg-vwv--205.php (дата обращения: 30.10.2021)

Например, приведенное Предупреждение о поездках действительно является правовым основанием для такого отказа от бронирований, связанных с поездкой, который не влечет финансовых последствий для клиента. Однако в сравнении с социальным и экономическим эффектом, вызванным данным Предупреждением, подобные последствия крайне незначительны. Должны ли мы в подобном случае отказывать мягкому праву в признании только лишь на том основании, что оно не императивно и опирается не на силу государственного принуждения, а на авторитет его создателя и легитимность среди адресатов? Полагаем, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Не менее важно, впрочем, удержаться от искушения в связи с этим ответом распространять понятие мягкого права на все возможные юридические акты, не обладающие при этом нормативностью в традиционном ее понимании [Еремин С.Г., 2020: 63–70].

Существует еще одна позиция, согласно которой мягкое право жизнеспособно и в отсутствие правовых последствий, но с иным обоснованием. К. Парелла раскрывает ее на примерах актов мягкого права в сфере предпринимательской деятельности в аспекте прав человека [Parella K., 2020: 168]. Казалось бы, документы в этой сфере налагают на хозяйствующих субъектов дополнительные и весьма обременительные обязанности. Их реализация в связи с этим, на первый взгляд, снижает конкурентоспособность применяющих предприятий: они несут убытки в связи с соблюдением документа мягкого права, а игнорирующие его компании — нет. Рассчитывать при этом на сознательность и добрую волю адресатов норм не приходится, так как ими в данном случае являются организации, нацеленные, в первую очередь, на извлечение из своей деятельности максимальной прибыли. Однако реализация актов мягкого права все же имеет конкурентные преимущества, которые после сопоставления с издержками на нее может привести предприятие к выводу о предпочтительности подобного сценария поведения. К их числу можно отнести следующие.

Игра на опережение. Реализация актов мягкого права дает организациям возможность изучать новые практики и адаптировать их в рамках деятельности компании до того, как государство императивно предпишет им это делать. Это может оптимизировать процесс перехода к реализации нормы (растянуть его во времени, уменьшить издержки), а при должном соблюдении нормы в ее «мягком» виде всеми субъектами — и вовсе снизить регуляторную нагрузку за ненадобностью принятия «жесткой» нормы права.

Время для экспериментов. Когда норма существует в «мягком» виде, компании могут определить, какие способы ее реализации являются оптимальными, намерены ли их конкуренты придерживаться ее, как реагируют на реализацию нормы заинтересованные стороны в самой организации (сотрудники, акционеры, потребители). В конечном счете, реализацию нормы

стимулирует также понимание того, что, в случае если она окажется невыгодной, предприятие вольно отказаться с относительно небольшими потерями.

Репутационные преимущества. Предпринимая добровольные действия, которые не требуются законодательно, хозяйствующий субъект создает благоприятное впечатление о себе у заинтересованных сторон. Как только «мягкие» нормы станут «жесткими», подобные репутационные выгоды станут не достижимы, поскольку реализация законодательно установленных норм свидетельствует лишь о том, что бизнес является законопослушным. В этом смысле предприятиям, которые основывают свой бренд на соблюдении полезных, разумных и поощряемых связанными лицами, но добровольных к исполнению рекомендаций, невыгодно становление их в качестве законодательства, так как «жесткие» нормы ослабляют дифференциацию с другими хозяйствующими субъектами, которые начинают придерживаться аналогичной практики не только из страха юридической ответственности, но и в связи с тем, что предприятие в случае несоблюдения «жестких» норм может понести большие репутационные потери.

Использование мягкого права бывает выгодным и для государств, причем некоторые преимущества весьма сходны с описанными выше. Например, мягкое право предпочтительно в ситуации неопределенности. Так, государство может предпочесть мягкое право, когда оно не знает, будут ли другие государства выполнять свои собственные обязательства. Ситуация, когда страна единственная (или в числе немногих) выполняет свои международные обязательства, может привести к значительным политическим и экономическим издержкам, например, к корпоративному бегству в другие государства, которые отказываются принимать законы, предусматривающие дополнительные обязанности и ответственность, которых требуют международные договоры. Поэтому государство может предпочесть подходы мягкого права, которые обеспечивают гибкость и адаптивность в отношении этих потенциальных издержек до тех пор, пока государства-партнеры не будут готовы взять на себя аналогичные обязательства, приняв соответствующее законодательство. Кроме того, государство может решить предварительно проверить, насколько сильно его население и хозяйствующие субъекты будут сопротивляться нововведениям или поддерживать их, т.е. заранее просчитать политическую стоимость обязательства по международному договору.

В доктрине сделан вывод о том, что выбор регулятора между мягким и «жестким» правом зависит не столько от преимуществ каждого из них, сколько от того, как этот выбор вписывается в правовое регулирование в целом и к каким результатам приводит взаимодействие мягкого и «жесткого» права [Parella K., 2020: 173]. Например, сами субъекты предпринимательской

деятельности могут в целом предпочитать традиционный правовой подход, позволяющий выровнять их положение и положение конкурентов, но при этом сознавать преимущества «мягкого» регулирования в течение переходного периода к законодательному.

Изложенная позиция по существу сводится к тому, что использовать мягкое право не только разумно и правильно, но порой и выгодно для государств и субъектов, к которым оно обращено. В связи с этим вопрос о необходимости правовых последствий не возникает вовсе: в случае когда они необходимы, разумно использовать уже устоявшийся инструмент — традиционное право. Мягкое и «жесткое» право — части единого механизма правового регулирования, в котором каждое из них занимает свое место, в связи с чем нет нужды искать нормативность в мягком праве, когда она ему и не требуется вовсе.

Среди русскоязычных авторов наиболее весомый вклад в исследование и систематизацию взглядов о мягком праве внес А.В. Демин. Являясь сторонником теории относительной нормативности, он определяет мягкое право как «совокупность формализованных общих положений (норм, принципов, критериев, стандартов), не имеющих юридически обязательного характера, не обеспеченных официальными санкциями и соблюдаемых добровольно в силу авторитетности их создателей, заинтересованности в них адресатов и социального давления, которое оказывает на потенциальных (и фактических) нарушителей соответствующее сообщество» [Демин А.В., 2015]. Стоит, впрочем, отметить, что в указанной дефиниции отсутствует ссылка на наличие косвенных правовых последствий у актов мягкого права. Более того, приведенная формулировка предполагает, что автор не только не считает наличие косвенных правовых последствий обязательным признаком мягкого права, но и полагает, что наличие их только лишь у соответствующего акта не позволяет включить его в перечень источников мягкого права. При этом авторитетность создателей, заинтересованность адресатов и возможное социальное давление одновременно обязательны как «гаранты» значимости «мягкой» нормы.

Как детерминанты существования мягкого права при этом выделяются:

гибкость и оперативность источников международного мягкого права, которые позволяют быстрее и эффективнее реагировать на изменяющиеся общественные отношения, чем источники традиционные — договор и обычай;

оптимальность для ситуаций, когда государство в силу определенных причин согласно с нормой, но не готово брать на себя «жесткое» обязательство по ее выполнению и нести за это ответственность;

повышение роли негосударственных субъектов: в то время как традиционное право обращено в подавляющем числе случаев к государствам, мяг-

кое право апеллирует, в том числе к иным акторам правового пространства: транснациональным корпорациям, некоммерческим организациям, индивидам и пр.;

возможность использования мягкого права для толкования «жесткого», особенно при телеологическом толковании;

возможность апробации нормы в качестве «мягкой» и последующего ее становления как «жесткой».

Последние две детерминанты являются характерными как для международного, так и для национального мягкого права.

Также ученый допускает перенесение концепции мягкого права на уровень национальных правовых систем и тем самым постановку вопроса о перечне источников мягкого права на национальном уровне, в который он включает все достаточно разнородные документы, которые традиционно не входят в перечень источников права, но тем или иным образом задействуются в механизме правового регулирования [Демин А.В., 2015]. В качестве примеров им приводятся программные акты (Бюджетное послание Президента РФ), акты-интерпретации (рекомендации научно-консультативных советов при арбитражных судах), акты саморегулирования. При этом автор оставляет указанный перечень открытым, не вступая в дискуссию о точном составе источников мягкого права на национальном уровне.

М.Я. Любченко в качестве консенсуального приводит определение, согласно которому мягкое право представляет собой «юридически необязательные правила или инструменты, состоящие из законоподобных (law-like) обещаний или заявлений, не отвечающих требованиям жесткого закона (hard law), интерпретирующих юридически обязательные правила или создающие ожидания относительно будущего поведения» [Любченко М.Я., 2017: 256–270]. Значимость мягкого права в соответствии с данной точкой зрения заключается в регулировании таких общественных отношений, где традиционное правовое регулирование будет восприниматься негативно, а его эффективность достигается убедительностью и авторитетом как самих норм, так и издавшего их органа.

Изложенные позиции, равно как и иные, в той или иной степени их повторяющие, содержат единственную значительную дилемму относительно мягкого права: должно ли оно предполагать косвенные правовые последствия? С одной стороны, приведенный пример Предупреждения о поездках в ФРГ со всей очевидностью демонстрирует, что неправовые последствия актов мягкого права порой куда значительнее правовых, а потому отказывать в признании в качестве актов мягкого права тем, которые юридических последствий не имеют, неверно. С другой стороны, неправовое влияние порой весьма эфемерно и трудноизмеримо, в связи с чем признание данного признака как необходимого ведет к трудностям с ограничением круга документов мягкого права.

Компромиссное решение может подсказать один из классических авторов теории мягкого права — К. Чинкин, которая классифицировала его на юридическое и неюридическое [Chinkin С., 1989: 850-866]. Изменив ортодоксальный посыл, согласно которому юридическое мягкое право представляет собой расплывчатые нормы международных договоров, а неюридическое — нормы источников, не имеющих юридической силы, получим следующую классификацию мягкого права: 1) юридическое, т.е. такое, которое порождает косвенные правовые последствия; 2) неюридическое, т.е. такое, которое порождает неправовые последствия: социальные, политические и другие.

Общую для юридического и неюридического мягкого права дефиницию можно представить следующим образом: *мягкое право* — совокупность формализованных, но не обладающих общеобязательной нормативностью, правил (норм, принципов, критериев, стандартов), гарантированных применением социальных, политических и других неправовых санкций и/или имеющих косвенные правовые последствия.

Далее будут рассмотрены национальные акты мягкого права, в качестве которых будут определяться такие документы, у которых выявить наличие косвенных правовых последствий либо значительных последствий неправового характера возможно доказательно и с большой степенью определенности.

2 Акты мягкого права и их влияние на стабильность законодательства

2.1. Официальные разъяснения

Формально подобные разъяснения носят обязательный характер только для определенных государственных органов. Более того, даже такая обязательность не всегда очевидно следует из законодательных норм. Так, ч. 3 ст. 14 Федерального закона от 31.07.2020 № 247-ФЗ «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» прямо устанавливает обязанность органов исполнительной власти руководствоваться официальными разъяснениями того органа, который принял нормативный акт, содержащий обязательные требования⁸. С другой стороны, императивный характер актов информационно-разъяснительного характера Федеральной налоговой службы Российской Федерации (далее — ФНС РФ) для ее территориальных налоговых органов не закреплен в законе, а был сформулирован Конституционным Судом

⁸ Федеральный закон от 31.07.2020 № 247-ФЗ (ред. от 11.06.2021) «Об обязательных требованиях в Российской Федерации»// СЗ РФ. 2020. № 31 (часть I). Ст. 5007.

Российской Федерации (далее — КС РФ) в его Постановлении от 31.03.2015 № 6-П исходя из принципа ведомственной субординации⁹.

Подобная позиция представляется полностью обоснованной, поскольку несмотря на то, что данные разъяснения не создают правовых норм в традиционном их понимании, они формируют законные ожидания субъектов относительно оценки их поведения как правомерного, а, следовательно, такое поведение формируют. Актуальная правоприменительная практика содержит аналогичные выводы: так, Верховный Суд Российской Федерации (далее — ВС РФ) в своем Обзоре судебной практики № 1 (2020) указывал на возможность признания незаконным решения налогового органа, принятого вопреки разъяснениям ФНС РФ¹⁰. Таким образом, лицо, к которому обращена юридическая норма, руководствуясь официальными разъяснениями, гарантирует соответствующую им оценку своего поведения как правомерного. Между тем, юридически субъект регулирования не лишен возможности по-иному толковать и реализовывать законодательные нормы и рассчитывать при этом на то, что его позиция будет поддержана судом: в этом, собственно, и заключается «мягкий» характер заключенных в официальных разъяснениях предписаний.

Например, одни из наиболее важных для хозяйствующих субъектов разъяснений государственных органов изложены в актах Федеральной налоговой службы, связанных с учетом должной осмотрительности налогоплательщика при выборе контрагента для целей оценки обоснованности налоговой выгоды. Необходимость такого учета, сформулированная в практике высших судов, развита и конкретизирована в четкие правила оценки обстоятельств, характеризующих выбор контрагента, на актуальном этапе их становления изложенные в письме ФНС России № БВ-4-7/3060@ «О практике применения статьи 54.1 Налогового кодекса Российской Федерации»¹¹. Влияние указанных разъяснений невозможно переоценить: большинство добросовестных хозяйствующих субъектов адаптируют под них процедуры проверки контрагентов, налоговые органы направляют свое внимание при проведении проверок на те аспекты, которые обозначены в них как ключевые, суды используют их при рассмотрении дел.

Судебные инстанции, действительно, весьма охотно ссылаются на положения письма ФНС России № БВ-4-7/3060@, в большинстве случаев следуя

⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31.03.2015 № 6-П // СПС КонсультантПлюс.

¹⁰ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2020): утв. Президиумом Верховного Суда РФ 10.06.2020 // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ Ст. 54.1 НК РФ, или Новый стандарт должной осмотрительности. Available at: URL: <https://www.garant.ru/ia/opinion/author/mihaylova/1455074/> (дата обращения: 30.10.2021).

изложенным в нем позициям. При этом с некоторой долей условности исследованные судебные акты можно распределить на три группы:

Судебные постановления, в которых разъяснения применяются как нормы традиционного права. Так, в Постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 15.04.2021 № Ф07-3191/2021 по делу № А56-36758/2020 суд «применяет к фактическим обстоятельствам дела тезис», изложенный в указанном письме. В Постановлении Арбитражного суда Поволжского округа от 23.03.2021 № Ф06-2013/2021 по делу № А72-19437/2019 коллегия судей называет положения письма рекомендациями, а затем анализирует соответствие им поведения налогового органа и налогоплательщика так, как будто они являются нормами «жесткого» права.

Судебные постановления, которые обозначают разъяснения налогового органа как правовую позицию. Примерами здесь могут служить Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.06.2021 № 15АП-9120/2021 по делу № А53-43614/2020, Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.06.2021 № 16АП-2197/2021 по делу № А63-12075/2020. В указанных случаях суды согласились с правовой позицией ФНС России.

Судебные постановления, которые отвергают ссылки на письмо ФНС РФ как «не обладающее признаками нормативного правового акта и необязательное для суда» в отсутствие иной аргументации. К примеру, Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.03.2021 № 18АП-1563/2021, 18АП-1709/2021 по делу № А07-21389/2020; Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.08.2021 № 18АП-8207/2021 по делу № А76-4401/2021.

Полагаем, что в первом случае судебные органы неоправданно возводят «мягкий» акт в ранг нормативного. Арбитражный суд Северо-Западного округа, впрочем, видит это несоответствие, в связи с чем вместо юридического термина «норма права» употребляет эвфемизм «тезис» по отношению к правилу, которое нормой, конечно, не является. Однако подобное словупотребление не решает проблему некорректности прямого применения разъяснений как правовых норм.

Мнение судов третьей группы, по существу отрицающее наличие любой юридической силы у актов мягкого права, на наш взгляд, еще более ошибочно. В соответствии с изложенными выше позициями КС РФ и ВС РФ разъяснения вышестоящих органов, связывающие своими рамками нижестоящие органы и предлагающие одобряемый государством вариант правового поведения, не могут быть отвергнуты судом без обоснования некорректности самого разъяснения. То есть в случае, когда разъяснение является релевантным, суд, по нашему мнению, должен оценить его и соответствие поведения налогового органа и налогоплательщика ему. Если суд посчитает разъяснение неверным,

следует обосновать его неприменимость, а также учесть добросовестность действий хозяйствующего субъекта, его соблюдавшего, при определении правовых последствий поведения такого субъекта. Суд, не будучи связанным разъяснениями государственных органов, уполномочен формулировать собственные правовые позиции, однако субъект, добросовестно следовавший официальным разъяснениям и ожидавший оценки своего поведения со стороны государства как законного, заслуживает в этой связи смягчения своей ответственности. Более того, если суд по существу согласен с разъяснением ФНС РФ, он должен его применить, если налогоплательщик следовал разъяснению, а налоговый орган — нет, что следует из вышеуказанных позиций КС РФ и ВС РФ. Изложенное свидетельствует о некорректности отвержения официальных разъяснений лишь *ipso facto* их «нежесткой» правовой природы.

Вторая позиция (разъяснение — это правовая позиция государственного органа, с которой суд может согласиться, но при этом волен ее преодолеть путем формулирования собственной правовой позиции) в этом свете представляется более правильной, если она не будет утрирована до механического и бессодержательного согласия с разъяснениями государственных органов.

Подобная роль официальных разъяснений на сегодняшний день широко признается и зарубежными учеными, точно и справедливо дополняющими ее мыслью о том, что порой государственные органы не ограничиваются толкованием законодательства, но и дополняют его [Gribnau H., 2007: 304]. В частности, в приведенном примере очевидно, что в официальном разъяснении зафиксированы новые «мягкие» нормы, а не только толкование ст. 54.1 Налогового кодекса Российской Федерации.

Аналогично Приказ ФНС России от 30.05.2007 № ММ-3-06/333@ «Об утверждении Концепции системы планирования выездных налоговых проверок» создает нормы поведения, не отраженные в налоговом законодательстве. Обращенный, на первый взгляд, к налоговым органам, он формулирует правила для налогоплательщиков: подстраивая свое поведение под показатели, указанные в приказе, они могут избежать налоговой проверки, а в противном случае — ее навлечь¹². Поскольку выездные проверки налоговых органов в настоящий момент с большой степенью вероятности предполагают наложение санкций по их итогам (а порой в определенном смысле и сами являются санкцией)¹³, организации будут стремиться соблюдать данный приказ.

Таким образом, официальные разъяснения, обращенные к государственным органам, порождают два вида последствий для субъектов правового

¹² Приказ ФНС России от 30.05.2007 (ред. от 10.05.2012) № ММ-3-06/333@ «Об утверждении Концепции системы планирования выездных налоговых проверок» // СПС КонсультантПлюс.

¹³ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18.03.2008 № 13084/07 // СПС Гарант.

регулирования: 1) наличие модели поведения, которая гарантированно признается органами исполнительной власти соответствующей закону; 2) фактическое запрещение иных моделей поведения, несмотря на их юридическую допустимость, путем судебного толкования, в большинстве случаев, в том числе — описанных выше, повторяющего официальные разъяснения или отсылающего к ним.

Также стоит отметить, что официальные разъяснения государственных органов имеют важный стабилизирующий законодательство эффект: они формируют корректное с точки зрения исполнительной власти поведение людей, не требуя при этом принятия законодательного или иного нормативно-правового акта. Так, в 2020 году, по данным СПС КонсультантПлюс, следующие государственные ведомства принимали такие акты:

Банк России — 697 нормативно-правовых актов и 126 актов рекомендательного характера;

ФНС России — 810 нормативно-правовых актов и 778 актов рекомендательного характера;

Минфин России — 823 нормативно-правовых акта и 6 110 актов рекомендательного характера.

Изложенная статистика демонстрирует, что официальные разъяснения играют разную роль в деятельности государственных органов: иногда служат дополнением деятельности по нормотворчеству, а порой являются ключевым инструментом. В любом случае, будучи принятыми в форме нормативно-правовых, указанные акты в своем большинстве не выдержали бы судебного контроля как предлагающие лишь правовую позицию государственного ведомства. При этом они предлагают субъектам регулирования обязательные для самих органов решения практических ситуаций, которые позволяют избежать дополнительных законодательных изменений. Указанное свидетельствует о том, что корректное использование рекомендаций государственных органов как актов мягкого права позволяет развить законодательную стабильность.

2.2. Акты рекомендательного характера

Рекомендательные акты не должны содержать норм права. Это не только правило юрико-технического характера, но и предписание п. 8 Приказа Минюста России от 23.04.2020 № 105¹⁴. В случае, если при издании акта реко-

¹⁴ Приказ Минюста России от 23.04.2020 № 105 (зарегистрировано в Минюсте России 27.04.2020 № 58222) «Об утверждении Разъяснений о применении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации» // СПС КонсультантПлюс.

мендательного характера указанное положение нарушено и в него включены фактически нормативные предписания, он может быть признан не действующим¹⁵. Однако порой рекомендательные акты порождают неправовые последствия более масштабные и важные для общества в целом, чем способны повлечь за собой многие правовые нормы.

Яркой демонстрацией степени эффективности неюридического мягкого права в виде рекомендательных актов является перевод сотрудников предприятий на дистанционную работу в Российской Федерации с целью предупреждения распространения новой коронавирусной инфекции в 2020 году. В начале пандемии Министерство труда и социальной защиты РФ выпустило ряд рекомендаций, в числе прочего — об организации применения работы на дому (удаленной, дистанционной, надомной)¹⁶. Акт, содержащий данные положения, обязательной силы не имел. Однако разумные опасения граждан и организаций по отношению к тогда еще новой инфекции и значительный на тот момент лимит доверия к действиям публичных органов по предотвращению ее распространения, а также сочетание рекомендаций с изданием актов «жесткого» права об объявлении нерабочих дней позволило мягкому праву в полной мере проявить свою эффективность¹⁷. Так, к концу июня 2020 года число перешедших на удаленную работу россиян составило 6 млн. человек¹⁸.

Однако позднее, когда настроение общества по отношению к новым ограничениям стало негативным, а сопутствующие акты «жесткого» права отсутствовали, эффективность мягкого права резко снизилась. Так, рекомендация властей города Москвы по переводу сотрудников на дистанционную работу в сентябре 2020 года оказалась недостаточно эффективной, в связи с чем впоследствии был принят юридически обязательный акт по тому же предмету¹⁹.

Изложенное приводит нас к выводу о том, что внутригосударственное российское мягкое право принципиально не отличается от зарубежного, будучи эффективным тогда, когда субъекты, к которым оно обращено, убеждены в необходимости его применения в силу обоснованности нормы или

¹⁵ Определение Апелляционной коллегии Верховного Суда РФ от 17.12.2015 № АПЛ15-557 // СПС Гарант.

¹⁶ Письмо Минтруда РФ от 23.04.2020 № 14-2/10/П-3710 «О направлении Рекомендаций по применению гибких форм занятости в условиях предупреждения распространения новой коронавирусной инфекции на территории РФ» // СПС КонсультантПлюс.

¹⁷ Производственный календарь на 2020 год // СПС КонсультантПлюс.

¹⁸ Почти 6 миллионов россиян перешли на «удаленку» в период нерабочих дней. Available at: URL: <https://ria.ru/20200625/1573460728.html> (дата обращения: 30.10.2021).

¹⁹ Собянин: Работодатели в Москве должны перевести на удаленку 30% сотрудников. Available at: URL: <https://rg.ru/2020/10/01/reg-cfo/sobianin-rabotodateli-v-moskve-dolzhyi-per-evesti-na-udalенku-30-sotrudnikov.html> (дата обращения: 30.10.2021)

авторитета ее творца и когда «мягкая» норма функционирует в тесной связи с «жесткими». Преимущество подобных актов мягкого права в контексте законодательной стабильности заключается в том, что в случае успешного функционирования «мягкой» нормы принятие законодательного акта не требуется, рекомендательный акт не нарушает целостности системы законодательства ни в момент принятия, ни в моменты последующих изменений.

Так, в течение 2020 года различными федеральными государственными органами были приняты 77 актов, содержащих методические рекомендации, связанные с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)²⁰. Это тысячи норм, которые преждевременно или невозможно было принимать в «жесткой» форме: в первом случае они бы были изменены или отменены по результатам апробации, во втором — по результатам оспаривания в судебном порядке. Таким образом, указанные рекомендательные акты оказали крайне значительное стабилизирующее воздействие на законодательство РФ.

Другой областью, в которой нормы мягкого права в виде рекомендаций получают значительное развитие, является корпоративное управление. Законодательство о хозяйственных обществах, как и должно, содержит наиболее важные, основополагающие нормы, не вторгаясь чрезмерно в сферу усмотрения общества при определении порядка внутреннего управления. Однако Банком России сформулированы рекомендации, направленные на повышение прозрачности корпоративного управления, защиту прав акционеров. Наиболее важными документами среди означенных являются Письмо Банка России от 10 апреля 2014 г. № 06-52/2463 «О Кодексе корпоративного управления»²¹ и Письмо Банка России от 15.09.2016 № ИН-015-52/66 «О положениях о совете директоров и о комитетах совета директоров публичного акционерного общества»²². Соблюдение приведенных в них рекомендаций формально не является обязательным, однако повышает привлекательность общества в глазах инвесторов, обеспечивает его устойчивое развитие, в долгосрочной перспективе увеличивает отдачу от инвестиций в акционерный капитал²³.

Придание обязательности подобным нормам мягкого права не требуется, исходя из самой их природы: они выступают в качестве дополнительных, а не минимально необходимых требований. Принятие их в форме норм «жестко-

²⁰ СПС КонсультантПлюс.

²¹ Письмо Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463 «О Кодексе корпоративного управления» // СПС Гарант.

²² Письмо Банка России от 15.09.2016 № ИН-015-52/66 «О положениях о совете директоров и о комитетах совета директоров публичного акционерного общества» // СПС КонсультантПлюс.

²³ Банком России одобрен Кодекс корпоративного управления, рекомендуемый к применению акционерными обществами, ценные бумаги которых допущены к организованным торгам // СПС КонсультантПлюс.

го» права породило бы чрезмерность правового регулирования в данной области; дестабилизировало бы законодательство о хозяйственных обществах в связи с принятием большого числа норм и последующим поиском баланса между действительно необходимыми и чрезмерными требованиями.

Поэтому, представляется, что сугубо негативной оценки заслуживают предложения о перенесении ряда требований приведенных документов мягкого права в национальное законодательство²⁴. Следует согласиться с теми исследователями, которые утверждают необходимость регулирования большей части корпоративных отношений «изнутри», минуя излишний патернализм государства [Филипенко В.А., 2021: 281–293].

Изложенное означает, что сферы общественных отношений, которые не предполагают традиционного правового регулирования, вполне удачно могут подпадать под действие мягкого права, которое систематизирует и объективирует накопленный опыт участников таких отношений. Подобный подход гарантирует минимум юридического вмешательства, стабильность соответствующей части законодательства, которое избавлено от внесения большого числа чрезмерных требований и последующего поиска баланса; содержит минимальное количество норм, не конкретизировано в излишней мере.

Кроме того, само мягкое право не требует постоянных изменений. Являясь рекомендательным, акт мягкого права требует актуализации не в тот момент, когда его нормы становятся хоть сколько-нибудь устаревшими и не подходящими для регулирования абсолютного большинства относимых общественных отношений, а тогда, когда большая часть субъектов не может или не видит смысла ими пользоваться. То есть как только «жесткая» норма становится вредной для какой-либо части субъектов, она должна быть исключена или изменена, тогда как она же в «мягком» выражении способна действовать, пока является оптимальной для сколько-нибудь значительной части субъектов. Поскольку субъекты сами определяют, в какой мере исполнять «мягкие» требования, они самостоятельно игнорируют или видоизменяют отжившие нормы при использовании акта мягкого права, в связи с чем даже при отсутствии актуализации он может использоваться частично, не нанося вреда регулируемым отношениям.

Так, упомянутый Кодекс корпоративного управления содержит 356 пунктов, однако за семь лет, прошедших с момента принятия, не был изменен ни разу, тогда как в Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» изменения вносились 27 раз²⁵.

²⁴ Во втором чтении принят законопроект, направленный на повышение качества корпоративного управления в хозяйственных обществах // СПС КонсультантПлюс.

²⁵ Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «Об акционерных обществах» // СПС КонсультантПлюс.

2.3. Документы планирования

Перечисляя акты национального мягкого права, его исследователи обычно называют среди них один конкретный вид документов планирования — Ежегодные послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации [Демин А.В., 2015]. Между тем, подобные послания являются одними из ключевых, но далеко не единственными документами планирования, большинство из которых систематизировано в Федеральном законе «О стратегическом планировании в Российской Федерации» от 28.06.2014 № 172-ФЗ²⁶. При этом, несмотря на создание весьма развернутого нормативного регулирования (помимо указанного закона в его исполнение приняты подзаконные акты, детально регулирующие правила разработки, оптимизации и мониторинга исполнения программных документов)²⁷, правовой статус документов планирования является весьма неопределенным.

Так, документы стратегического планирования утверждаются, чаще всего, ненормативными правовыми актами: указами Президента Российской Федерации не имеющими нормативного характера, распоряжениями Правительства Российской Федерации, а порой и вовсе лишь одобряются на заседании компетентного органа (например, Правительства Российской Федерации)²⁸. Это справедливо и для документов планирования, изданных не в соответствии с Федеральным законом «О стратегическом планировании в Российской Федерации» от 28.06.2014 № 172-ФЗ: например, разного рода правительственные концепции развития также утверждаются ненормативными правовыми актами²⁹.

²⁶ Федеральный закон от 28.06.2014 № 172-ФЗ (ред. от 31.07.2020) «О стратегическом планировании в Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

²⁷ Постановление Правительства РФ от 08.08.2015 № 823 «Об утверждении правил разработки, корректировки, осуществления мониторинга и контроля реализации стратегии социально-экономического развития Российской Федерации»; Постановление Правительства РФ от 25.06.2015 № 631 «О порядке государственной регистрации документов стратегического планирования и ведения федерального государственного реестра документов стратегического планирования»; Постановление Правительства РФ от 04.08.2015 № 789 «Об утверждении Правил разработки, корректировки, осуществления мониторинга и контроля реализации основных направлений деятельности Правительства Российской Федерации» // СПС Гарант.

²⁸ Документы стратегического планирования. Available at: URL: https://www.economy.gov.ru/material/directions/strateg_planirovanie/dokumenty_strategicheskogo_planirovaniya/ (дата обращения: 30.10.2021)

²⁹ Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р (ред. от 28.09.2018) «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года (вместе с Концепцией долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года)»; Распоряжение Правительства РФ от 30.07.2010 № 1292-р (ред. от 30.05.2014) «Об утверждении Концепции развития государ-

Практически единственным исключением из указанного правила являются государственные программы Российской Федерации, имеющие конкретный, а не абстрактный характер, принимаемые в форме нормативных актов (например, Постановление Правительства Российской Федерации от 16 мая 2016 г. № 425-8 «Об утверждении государственной программы Российской Федерации “Развитие оборонно-промышленного комплекса”»)³⁰, и предполагающие выделение значительных денежных средств на решение сформулированных в них задач, что, на наш взгляд, и обуславливает придание таким актам свойства общеобязательной нормативности. Указанный вывод косвенно подтверждается тем, что близкие к программам по степени конкретизации планы не обладают нормативным статусом: в частности, планы деятельности федеральных органов исполнительной власти утверждаются руководителями соответствующих органов³¹, а планы мероприятий обычно оформляются в виде ненормативных правовых актов³². Таким образом, большинство документов планирования единообразно не имеют нормативного статуса, в то время как программные документы обладают спецификой, объективно требующей принятия их в виде нормативных правовых актов, в связи с чем изложенные далее выводы будут применимы преимущественно ко всем актам планирования, за исключением программ.

Кроме того, в ст. 4 Федерального закона «О стратегическом планировании в Российской Федерации» от 28.06.2014 № 172-ФЗ к полномочиям государственных органов в области стратегического планирования отнесено утверждение (одобрение) документов стратегического планирования³³. В статье 3 того же Закона формулируется определение понятия «документа стратегического планирования» как «документированной информации»³⁴.

ственного мониторинга земель сельскохозяйственного назначения и земель, используемых или предоставленных для ведения сельского хозяйства в составе земель иных категорий, и формирования государственных информационных ресурсов об этих землях на период до 2020» // СПС КонсультантПлюс.

³⁰ Постановление Правительства РФ от 16.05.2016 № 425-8 (ред. от 23.03.2021) «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Развитие оборонно-промышленного комплекса» // СПС Гарант.

³¹ Постановление Правительства РФ от 26.12.2015 № 1449 (ред. от 26.06.2021) «О порядке разработки, корректировки, осуществления мониторинга и контроля реализации планов деятельности федеральных органов исполнительной власти, руководство деятельностью которых осуществляет Правительство Российской Федерации» // СПС Гарант.

³² Распоряжение Правительства РФ от 08.11.2018 № 2413-р «Об утверждении плана мероприятий по совершенствованию правового регулирования земельных отношений» // СПС Гарант.

³³ Федеральный закон от 28.06.2014 № 172-ФЗ (ред. от 31.07.2020) «О стратегическом планировании в Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

³⁴ Там же.

По существу, документ стратегического планирования представляет собой некую документированную информацию по целеполаганию, прогнозированию, планированию и программированию развития, одобренную соответствующим органом. На этом вопрос о нормативности документов планирования и возможности порождения ими правовых последствий, казалось бы, может быть исчерпан.

Между тем, Федеральный закон «О стратегическом планировании в Российской Федерации» от 28.06.2014 № 172-ФЗ предусматривает мониторинг и контроль за исполнением документов стратегического планирования, гражданско-правовую, административную и дисциплинарную ответственность за их неисполнение, т.е. весьма недвусмысленно подводит к мысли об обязательности подобных актов. Впрочем, этот вывод нивелируются отсутствием какой-либо законодательной базы либо конкретизации путем толкования приведенных норм об ответственности, а также относимой судебной практики, свидетельствующей об их применении. Это говорит о фактическом отсутствии дисциплинарной, гражданско-правовой и административной ответственности служащих соответствующих органов за неисполнение или ненадлежащее исполнение документов планирования [Поляков М.М., Окрокова Е.С., 2018: 63-71].

Однако, на наш взгляд, документы планирования подпадают под определение актов мягкого права, приведенное выше. Во-первых, они вполне способны создавать косвенные правовые последствия. Например, они занимают значительное место в судебных спорах об изъятии земельных участков для государственных или муниципальных нужд. Как указано в Обзоре судебной практики ВС РФ № 1 (2016), для принятия решения об изъятии земельного участка для государственных (муниципальных) нужд недостаточно факта заключения договора о развитии застроенной территории, необходимо также обосновать общественную полезность преследуемой цели и невозможность ее достижения иным способом³⁵. Для обоснования общественной полезности цели изъятия, ее приоритета перед целью предшествующего использования судебные инстанции зачастую обращаются к документам планирования.

Так, в Постановлении от 09.03.2021 № Ф09-9162/20 по делу № А60-26869/20 Арбитражный суд Уральского округа на основании нескольких таких актов (Прогноз долгосрочного социально-экономического развития РФ на период до 2030 года, прогнозы социально-экономического развития РФ на 2014, 2015, 2016, 2017, Энергетическая стратегия России на период до 2030

³⁵ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2016): утв. Президиумом Верховного Суда РФ 13.04.2016 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 11 (начало), Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 12 (окончание).

года) пришел к выводу о законности изъятия земельного участка, поскольку оно было произведено в соответствии со стратегическими целями и задачами развития экономики РФ и государственной энергетической политики в области недропользования. В другом деле Арбитражный суд Западно-Сибирского округа в своем Постановлении от 02.03.2020 № Ф04-8055/2020 по делу № А45-13810/2019 сослался на Указ Президента Российской Федерации от 31.12.2015 № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» и Указ Президента Российской Федерации от 21.01.2020 № 20 «Об утверждении Доктрины продовольственной безопасности Российской Федерации», сделав вывод о том, что провозглашаемый в данных документах планирования стратегический национальный приоритет обеспечения продовольственной безопасности, реализуемый в том числе в виде поддержки сельскохозяйственных производителей и защиты земель сельскохозяйственного назначения, не позволяет поддержать выводы суда апелляционной инстанции о большей важности угледобывающей отрасли в сравнении с сельскохозяйственной и наличии в связи с этим оснований для изъятия земельных участков.

Во-вторых, документы планирования содержат потенциал для значительного неправового воздействия на общественные отношения. Не будучи юридически обязательными, они способны структурировать и упорядочивать развитие законодательства, делать его предсказуемым и придавать изменениям опережающий характер. При этом существующая в России система программных документов может быть подвержена критике за:

оторванность от реальных реформ. Например, А.Н. Сандугей справедливо отмечает, что Концепция общественной безопасности в РФ (утв. Президентом РФ 14.11.2013 N Пр-2685) являлась не более чем косвенным ориентиром для происходящих в законодательстве изменений [Сандугей А.Н., 2019: 45-48];

«мертвый» либо, напротив, недостаточно исчерпывающий характер некоторых актов планирования. Например, одобренная решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 25.09.2020 N 202/оп-1/2020 «Концепция развития положений части второй Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре страхования» за прошедший с момента ее принятия год не была реализована ни в одном из ее аспектов³⁶. План мероприятий по совершенствованию правового регулирования земельных отношений (утв. Распоряжением Правительства РФ от 8 ноября 2018 г. № 2413-р) частично реализуется, однако с его помощью не удалось ни уменьшить число изменений, вносимых в Земель-

³⁶ Концепция развития положений части второй Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре страхования (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 25 сентября 2020 № 202/оп-1/2020) // СПС КонсультантПлюс.

ный кодекс РФ, ни упорядочить их, поскольку большинство федеральных законов о внесении изменений в Земельный кодекс РФ в 2018-2020 годах были приняты не на основе указанного плана³⁷;

отсутствие преемственности, системности и мониторинга процесса реализации в документах планирования [Чуднова Е.И., 2018: 33-39];

отсутствие конкретных составов ответственности за нарушение положений документов планирования [Жаворонкова Н.Г., Выпханова Г.В., 2020: 28-42].

Таким образом, документы планирования имеют косвенные правовые последствия и способны иметь значительные неправовые последствия, даже не обладая юридической силой, в связи с чем их можно признать актами мягкого права. Результатом наиболее корректного и последовательного использования документов планирования будет являться стабилизация законодательства постольку, поскольку они позволяют структурировать изменения, сделать их последовательными, а не хаотичными, охватить планированием разные отрасли законодательства, чем уменьшить число коллизий, а также норм, требующих изменений в связи с их несовершенством или поспешностью принятия. Представляется оптимальной ситуация, при которой большинство правовых норм принимается на основе концептуальных документов планирования, а остальные изменения связаны с сиюминутными насущными потребностями общества и государства, однако учитывают содержание и общую направленность актов планирования.

Иные документы, которые обычно называются в числе актов мягкого права, либо в действительности не относятся к ним, либо не оказывают значительного воздействия на стабильность законодательства.

Например, акты высших судов (постановления Пленума ВС РФ, постановления КС РФ) в сложившейся системе правоприменения если и не имеют характера нормативных актов, то в такой степени близки к ним и настолько обязательны, что их невозможно включить в состав мягкого права. С другой стороны, рекомендации научно-консультативных советов при арбитражных судах, по существу, представляют собой мягкое право: обеспеченные лишь авторитетом авторов, они оказывают влияние и на разрешение судами соответствующих правовых казусов, и на поведение субъектов регулирования³⁸. Поскольку в состав таких научно-консультативных советов включаются председатели и заместители председателей арбитражных судов зачастую нескольких инстанций, их наиболее авторитетные судьи (а также представители исполнительной власти, юридической науки и адвокатуры),

³⁷ Распоряжение Правительства РФ от 08.11.2018 № 2413-р «Об утверждении плана мероприятий по совершенствованию правового регулирования земельных отношений» // СПС Гарант.

³⁸ Available at: URL: <https://faspo.arbitr.ru/about/nks> (дата обращения: 30.10.2021)

то с большой степенью вероятности данные разъяснения будут применяться всеми судами на соответствующей территории и, как минимум, приниматься во внимание остальными судами Российской Федерации³⁹. Однако, на наш взгляд, на сегодняшний день подобные рекомендации касаются очень частных вопросов и охватывают слишком небольшой объем правоотношений, чтобы можно было говорить об их значительном влиянии на стабильность законодательства страны.

Заключение

Таким образом, в настоящий момент можно с уверенностью заявлять о существовании в России следующих актов национального мягкого права: официальные разъяснения; акты рекомендательного характера; документы планирования.

Порождая косвенные юридические или значительные неюридические последствия, они получают значительное место в отечественной правовой системе, занимая нишу регулятора в тех областях, где применение традиционного права затруднено или невозможно, выступая его предшественником либо минимизируя законодательное вмешательство, тем самым оказывая значительное стабилизирующее воздействие на российское законодательство.



Список источников

1. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2002. 608 с.
2. Волова Л.И. Особенности правового регулирования международных налоговых отношений // Финансовое право. 2019. N 7. С. 31–35.
3. Демин А.В. Принцип определенности налогообложения. М.: Статут, 2015. 368 с.
4. Еремин С.Г. Современная классификация внутренних источников «мягкого права» как источника финансового права России // Право и экономика. 2020. N 2(384). С. 63–71.
5. Жаворонкова Н.Г., Выпханова Г.В. Правовые проблемы стратегирования в экологическом праве // Lex russica. 2020. N 1. С. 28–42.
6. Любченко М.Я. Постановления Европейского суда по правам человека как «мягкое право» (soft law) // Вестник гражданского процесса. 2017. Т. 7. № 3. С. 256–270.
7. Поляков М.М., Окорокова Е.С. Дисциплинарная ответственность государственных гражданских служащих за нарушение законодательства в сфере стратегического планирования и противодействия коррупции // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 8 (93). С. 63–71.

³⁹ Приказ Арбитражного суда Поволжского округа от 19.07.2021 № 04-02/215 «Об утверждении состава Научно-консультативного совета при Арбитражном суде Поволжского округа». Available at: URL: <https://faspo.arbitr.ru/node/13628> (дата обращения: 30.10.2021)

8. Романова М.Е. Роль актов «мягкого права» в таможенном праве Европейского Союза // Таможенное дело. 2017. № 2. С. 37–40.
9. Рыкова А.А. Акты soft law в современном правовом регулировании // Публично-правовые исследования. 2016. № 2. С. 1–25.
10. Сандугей А.Н. Об оценке реализации и перспективах совершенствования основополагающего документа стратегического планирования в сфере обеспечения общественной безопасности // Административное право и процесс. 2019. № 8. С. 45–48.
11. Филипенко В.А. Soft law: сущность и отражение в корпоративных право-отношениях // Вопросы российской юстиции. 2021. № 11. С. 281–293.
12. Чуднова Е.И. Стратегическое планирование в сфере использования земельного фонда: Россия и Шотландия, опыт сопоставления // Юрист. 2018. № 4. С. 33–39.
13. Chinkin C. The Challenge of Soft Law: Development and Change in international Law. Cambridge: University Press, 1989, vol. 38, no 4, pp. 850–866.
14. Finemore M., Toope S. Alternatives to «Legalization»: Richer Views of Law and Politics. International Organization, 2001, vol. 55. no 3, pp. 743–758.
15. Georgieva Z. Soft Law in EU Competition Law and its Judicial Reception in Member States: A Theoretical Perspective. German Law Journal, 2015, no 16(2), pp. 223–260.
16. Gribnau H. Soft Law and Taxation: The Case of the Netherlands. Legisprudence, 2007, vol. 1, no 3, pp. 291–326.
17. Hillgenberg H. Soft Law im Völkerrecht. ZEuS, 1998, no 1, pp. 81–102.
18. Howells G. Soft Law in EC Consumer Law / Lawmaking in the EU. Craig and Harlow eds., 1998, 453 p.
19. Knauff M. Coronavirus and Soft Law in Germany: Business as Usual? European Journal of Risk Regulation, 2021, no 12(1), pp. 45–58.
20. Meyer T. Soft Law as Delegation. Fordham International Law Journal, 2008, vol. 32, no 3, pp. 888–942.
21. Nasser S. Sources and Norms of International Law: A Study on Soft Law. Galda Verlag, 2008, 197 p.
22. Parella K. Hard and Soft Law Preferences in Business and Human Rights. AJIL Unbound, 2020, no 114, pp. 168–173.
23. Schäfer R. Soft law im System des Völkerrechts. JuS, 2020, no 83, pp. 827–831.
24. Schuppert G. Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, 1023 p.
25. Shelton D. International Law and «Relative Normativity». International Law / M. Evans (ed.). Oxford: University Press, 2006, 2nd ed., 898 p.
26. Walter R. Soft Law aus rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht / M. Lang et al (eds). Soft Law in der Praxis. Vienna: Linde, 2005, pp. 21–28.



References

1. Alekseev S.S. (2002) *Climbing to the right. Searches and solutions*. Moscow: Norma, 608 p. (in Russ.).
2. Chinkin C. (1989) *The Challenge of Soft Law: Development and Change in international Law*. Cambridge: University Press, vol. 38, no 4, pp. 850–866.
3. Chudnova E.I. (2018) Strategic planning in the use of the land fund: Russia and Scotland, comparison experience. *Jurist=Lawyer*, no 4, pp. 33–39 (in Russ.)

4. Demin A.V. (2015) *Principle of certainty of taxation*. Moscow: Statut, 368 p. (in Russ.)
5. Eremin S.G. (2020) Modern classification of internal sources of «soft law» as a source of financial law in Russia. *Pravo I Economica=Law and Economics*, no 2 (384), pp. 63–71 (in Russ.)
6. Filipenko V.A. (2021) Soft law: essence and reflection in corporate legal relations. *Voprosi Rossiiskogo pravosudia=Questions of Russian justice*, no 11, pp. 281–293 (in Russ.)
7. Finnemore M., Toope S. (2001) Alternatives to «Legalization»: Richer Views of Law and Politics. *International Organization*, vol. 55, no 3, pp. 743–758.
8. Georgieva Z. (2015) Soft Law in EU Competition Law and its Judicial Reception in Member States: A Theoretical Perspective. *German Law Journal*, no 16(2), pp. 223–260.
9. Gribnau H. (2007) Soft Law and Taxation: The Case of the Netherlands. *Legisprudence*, vol. 1, no 3, pp. 291–326.
10. Hillgenberg H. (1998) «Soft Law im Völkerrecht». *ZEuS*, no 1, pp. 81–102.
11. Howells G. (1998) *Soft Law in EC Consumer Law. Lawmaking in the EU*. Craig and Harlow, 453 p.
12. Knauff M. (2021) Coronavirus and Soft Law in Germany: Business as Usual? *European Journal of Risk Regulation*, no 12(1), pp. 45–58.
13. Lyubchenko M.Y. (2017) Decisions of the European Court of Human Rights as «soft law». *Bulleten grazhdanskogo prosessa=Bulletin of civil process*, vol. 7, no 3, pp. 256–270. (in Russ.)
14. Meyer T. (2008) Soft Law as Delegation. *Fordham International Law Journal*, vol. 32, no 3, pp. 888–942.
15. Nasser S. (2008) *Sources and Norms of International Law: A Study on Soft Law*. Galda Verlag, 197 p.
16. Parella K. (2020) Hard and Soft Law Preferences in Business and Human Rights. *AJIL Unbound*, no 114, pp. 168–173.
17. Polyakov M.M., Okrokov E.S. (2018) Disciplinary responsibility of civil servants for violation of legislation in the field of strategic planning and combating corruption. *Actualni problemi rossiiskogo prava=Actual problems of Russian law*, no 8 (93), pp. 63–71 (in Russ.)
18. Romanova M.E. (2017). The role of soft law acts in the customs law of the European Union. *Tamozhennoe pravo=Customs*, no 2, pp. 37–40 (in Russ.)
19. Sandugei A.N. (2019) On the assessment of the implementation and the prospects for improving the fundamental document of strategic planning in the field of ensuring public safety. *Administrativnoe pravo I process=Administrative law and process*, no 8, pp. 45–48 (in Russ.)
20. Schäfer R. (2020) Soft law im System des Völkerrechts. *JuS*, no 83, pp. 827–831.
21. Schuppert G. (2000) *Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1023 p.
22. Shelton D. (2006) *International Law and «Relative Normativity»*. International Law. M. Evans (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2nd ed., 898 p.
23. Volova L.I. (2019) Features of legal regulation of international tax relations. *Finansovoe pravo=Financial Law*, no 7, pp. 31–35 (in Russ.)
24. Walter R. (2005) Soft Law aus rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht. In: *Soft Law in der Praxis*. M. Lang et al. (eds.). Vienna: Linde, pp. 21–28.

25. Winkelmüller M. (2020) Rechtssicherheit bei Corona-Schutzmaßnahmen. *ARP*, no 30, pp. 187–190.

26. Zhavoronkova N.G., Vypkhanova G.V. (2020) Legal problems of strategizing in environmental law. *Lex russica*, no 1, pp. 28–42 (in Russ.)

Информация об авторе:

И.А. Усенков — аспирант.

Information about the author:

I.A. Usenkov — post-graduate student.

Статья поступила в редакцию 01.11.2021; одобрена после рецензирования 24.12.2021; принята к публикации 17.01.2022.

The article was submitted to the editorial office 01.11.2021; approved after reviewing 24.12.2021; accepted for publication 17.01.2022.

Научная статья

УДК 343

DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.59.79

Понятие и структура уголовно-организационных отношений



Никита Владимирович Буштец

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
109028 Россия, Москва, Покровский бульвар, 11, n.bushtets@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7019-1389>



Аннотация

В настоящей статье автор предпринимает попытку на основе теоретических разработок общей теории права об организационных нормах и дискуссии отечественных правоведов об уголовно-процессуальных отношениях выделить в системе уголовного процесса особый вид норм и отношений, именуемых уголовно-организационными. Задача таких норм заключается в создании организационных условий для эффективного функционирования уголовно-процессуальных институтов. В связи с этим автор подвергает рассмотрению предпосылки, способствующие выделению уголовно-организационных отношений в системе уголовного процесса. Далее автор рассматривает функциональное предназначение уголовно-организационных норм и отношений в системе действующего законодательства, исследует их внутреннюю структуру и предлагает к применению соответствующий понятийный аппарат для выделенных элементов отношений. В частности, выделяются такие понятия, как «организация уголовного процесса», «уголовно-организационные нормы уголовно-процессуального права», «объект уголовно-организационных отношений», «субъекты уголовно-организационных отношений», «уголовно-организационные отношения в уголовном судопроизводстве» как в широком, так и узком смысле. Далее автор формулирует круг вопросов, относящихся к сфере уголовно-организационных отношений, а также выделяет основные направления их теоретического и практического развития. В заключение автор формулирует ряд предложений по совершенствованию российского уголовного процесса с учетом роли уголовно-организационных отношений. Делаются выводы о том, что уголовно-организационные отношения выступают надстройкой к базовому институту и уголовному судопроизводству в целом, позволяя наладить его должную работу в соответствии с замыслом законодателя. В связи с этим автор предлагает выделить уголовно-организационные отношения как разновидность правовых отношений, обладающих рядом особенностей, которые требуют отражения при изложении законов и других нормативных правовых актов, т.е. внедрить новые правила законодательной техники. Исходя из этого предлагается обособить уголовно-организационные нормы в самостоятельный раздел законодательного акта (УПК РФ), что, по мнению автора,

значительно упростит правоприменительную практику и будет способствовать качественному улучшению работы уголовно-процессуальных институтов и уголовного судопроизводства как такового.



Ключевые слова

правосудие, судебная власть, организация правосудия, судебная деятельность, уголовный процесс, уголовно-организационные отношения, уголовно-организационные нормы, уголовно-процессуальные отношения, организационное обеспечение судов

Для цитирования: Буштец Н.В. Понятие и структура уголовно-организационных отношений // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 1. С. 59–79. DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.59.79.

Research article

The Concept and Structure of Criminal-Organizational Relations



Nikita V. Bushtets

National Research University Higher School of Economics. 11 Pokrovski bulvar, Moscow, 109028 Russia, n.bushtets@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7019-1389>



Abstract

In this article, the author attempts, on the basis of theoretical developments of the general theory of law on organizational norms and the discussion of domestic jurists on criminal procedural relations, to identify a special type of norms and relations in the criminal process system, called criminal-organizational. The task of such norms is to create organizational conditions for the effective functioning of criminal procedural institutions. In this regard, the author examines the prerequisites that contribute to the identification of criminal-organizational relations in the system of criminal procedure. Further, the author examines the functional purpose of criminal-organizational norms and relations in the system of current legislation, examines their internal structure and suggests the appropriate conceptual apparatus for the selected elements of relations. In particular, there are such concepts as “organization of criminal proceedings”, “criminal organizational norms of criminal procedural law”, “object of criminal organizational relations”, “subjects of criminal organizational relations”, “criminal organizational relations in criminal proceedings” in both broad and narrow sense. Further, the author formulates a range of issues related to the sphere of criminal and organizational relations, and also highlights the main directions of their theoretical and practical development. In conclusion, the author formulates a number of proposals for improving the Russian criminal process, taking into account the role of criminal and organizational relations. Conclusions are drawn that criminal organizational relations act as a superstructure to the basic institution and criminal justice in general, allowing it to work properly in accordance with the intention of the legislator. In this regard, the author proposes

to distinguish criminal-organizational relations as a kind of legal relations with a number of features that require reflection in the presentation of laws and other regulatory legal acts, i.e. to introduce new rules of legislative technique. Proceeding from this, it is proposed to separate the criminal organizational norms into an independent section of the legislative act (Code of Criminal Procedure of the Russian Federation), which, according to the author, will significantly simplify law enforcement practice and will contribute to the qualitative improvement of the work of criminal procedural institutions and criminal proceedings as such.



Keywords

justice, judiciary, organization of the courts, judicial activities, criminal procedure, criminal-organizational relations, criminal organizational norms, organizational rules of criminal procedure relations, organizational support of the courts

For citation: Bushtets N. V. (2022) The Concept and Structure of Criminal-Organizational Relations. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 1, pp. 59–79 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.59.79.

Введение

Вступление в силу Закона РФ от 16.07.1993 № 5451-1 «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О судоустройстве РСФСР», Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях» (далее — Закон 1993 г.) ознаменовало возрождение суда с участием присяжных заседателей в России, которое оказалось одним из самых ярких и символических событий судебной реформы 1990-х гг. [Петрухин И.Л., 2003: 441].

Концепция судебной реформы, одобренная Верховным Советом РСФСР в октябре 1991 г., стала предтечей обсуждаемых законодательных изменений, запустив радикальные преобразования нашего правосудия. Как справедливо отметил И.Л. Петрухин, в ней был поставлен диагноз российскому правосудию — «кризис юстиции». Поэтому Концепция представляла собой документ-разоблачение, документ-анализ и одновременно программу к действию [Петрухин И.Л., 2003: 443].

После принятия Закона 1993 г. был проведен ряд организационных мероприятий, направленных на обеспечение реформы. Одним из первых шагов к созданию необходимых для нее условий стало подписание Президентом РФ Б.Н. Ельциным распоряжений от 22.09.1992 № 530-рп и от 26.09.1993 № 665-рп, которые предусматривали обязанность Государственно-правового управления Президента Российской Федерации, Минюста России во взаимодействии с Комитетом Верховного Совета по законодательству разработать программу проведения в нескольких регионах России в 1992–1993 гг. эксперимента по предварительной отработке на практике принципиально

новых положений процессуального и судоустройственного законодательства, подготовив соответствующие нормативные акты [Пашин С.А., 2010: 41–45]¹.

Первоначально суд присяжных вводился на уровне судов среднего звена на территории девяти регионов России: в Саратовской, Московской, Ивановской, Рязанской областях — с 1 ноября 1993 г., в Ростовской и Ульяновской областях, Ставропольском, Алтайском и Краснодарском краях — с 1 января 1994 года [Кашепов В.П., 2016: 85]. В каждом из этих субъектов Федерации были созданы межведомственные координационные советы по оказанию соответствующим судам помощи в работе при введении института присяжных заседателей.

Одновременно велась работа по научно-методическому обеспечению судебной реформы. В частности, подготовлен научно-практический сборник «Суд присяжных» [Халдеев Л.С., 1994], изданы сборник «Нормативные материалы о судьях и суде присяжных»², пособие для судей «Суд присяжных» [Теймэн С., 1994], книга С.А. Пашина «Судебная реформа и суд присяжных» [Пашин С.А., 1995]. Также издавался информационный бюллетень «Летопись суда присяжных (прецеденты и факты)», где публиковались сведения о работе судов присяжных и о принципиальных решениях судей. Генпрокуратурой России было издано и разослано во все краевые (областные) прокуратуры методическое пособие «Прокурор в суде присяжных» [Шахбанова Х.М., 2015: 46–49].

В целях реализации поручений Президента РФ Международным комитетом содействия правовой реформе совместно с Государственно-правовым управлением Президента РФ [Пашин С.А., 1995: 24] был проведен мониторинг деятельности судов присяжных. Задачами мониторинга в том числе были: сбор и анализ сведений об организационных затруднениях в деятельности суда присяжных; определение состояния правосознания юристов³; определение образа суда присяжных в общественном мнении.

¹ Как пишет один из основных инициаторов внедрения института суда присяжных в России С.А. Пашин: «употребление термина «эксперимент» в упомянутом распоряжении Президента России вовсе не означало, что исходом его может оказаться упразднение суда присяжных; суд присяжных — это конституционное условие существования в нашей стране демократического правового государства, основанного на принципе народовластия. В связи с чем очень быстро слово «эксперимент» применительно к суду присяжных перестало употребляться, и реформаторы заговорили о «поэтапном внедрении» этого суда». [Пашин С.А., 1995].

² Нормативные материалы о судьях и суде присяжных / сост.: Ворошилин Е.В. и др. М.: Юрид. лит., 1994. 112 с.

³ По итогам мониторинга выяснилось, что большинство опрошенных юристов выражали сомнение в готовности и желании граждан выполнять обязанности присяжных. Так, опасения об уклонении граждан от выполнения обязанности быть присяжным заседателем

Таким образом, архитектура судебной реформы предусматривала тщательный анализ сведений об организационных затруднениях деятельности суда присяжных. Вместе с тем миновать значительных организационных трудностей при введении суда присяжных в России не удалось.

Судья Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) В.П. Степалин после пяти лет с момента проведения судебной реформы, предусматривающей введение суда присяжных в России, охарактеризовал ее как «марафон с препятствиями», подчеркивая, что: «Возрожденная форма судопроизводства находится в кризисной ситуации и пока нет прямого ответа, как из нее выйти...». Основными проблемами такого положения дел являлось несовершенство уголовно-процессуального законодательства и законодательства о судостроительстве. В связи с этим предлагалось пересмотреть положения законодательства о составлении списков присяжных, принять меры по обеспечению безопасности присяжных, увеличить количество запасных присяжных заседателей, предусмотреть право граждан на рассмотрение дела судом присяжных на всей территории России [Степалин В.П., 1998: 7–9].

В.П. Божьев несколько позже (в 2006 году) подметил, что введение суда присяжных в России вскоре позволило выявить ряд трудностей в применении норм права. В связи с этим 20 декабря 1994 г. было принято постановление Пленума ВС РФ от 20 декабря 1994 года № 9 «О некоторых вопросах применения судами уголовно-процессуальных норм, регламентирующих производство в суде присяжных». Однако практика применения норм Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ) судами с участием присяжных заседателей вновь выявила ряд вопросов, вследствие чего было принято решение о разработке и принятии нового постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2005 г. № 23 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих судопроизводство с участием присяжных заседателей» [Божьев В.П., 2006: 2–7].

Однако и это не позволило решить проблем, с которыми встречается суд присяжных в ходе его повседневной работы. Это может свидетельствовать о том, что разъяснений законодательства явно недостаточно. Существуют

высказало 20% опрошиваемых, при этом 23% придерживались мнения, что стремиться к выполнению обязанностей присяжных, прежде всего, будут лица с низким доходом или те, кто имеют возможность без ущерба для своих интересов оставить на время пребывания в суде свои служебные или профессиональные обязанности. При опросе судей было установлено, что организация вызова присяжных в суд, обеспечение их безопасности, подбор для них помещения, создание надлежащих условий работы вызовут наибольшие трудности при исполнении Закона 1993 г. Как видим, основные проблемы организации деятельности суда присяжных, решение которых актуально и в настоящий период, были определены еще на стадии его возрождения.

недостатки как нормативно-правового регулирования деятельности суда присяжных, так и коренные пороки в его организации, которые требуют комплексного подхода; «полумеры» и «полуреформы» показали свою неэффективность и губительность для современной судебной системы и правосудия в целом.

Прежде всего, на теоретическом уровне необходимо выделить элементы, которые будут способствовать совершенствованию организации работы суда присяжных в России. Требуются новые подходы к организации деятельности указанного института, учитывающие уровень правового, культурного, политического, экономического и технического развития государства, новые технологии управления внутри судебной системы, которые позволят качественно улучшить работу уголовного судопроизводства.

Для того, чтобы правовой институт работал исправно, следует осуществить ряд действий, направленных на обеспечение его функционирования. Речь идет прежде всего о надлежащих условиях работы, в частности, правовых, материально-технических, финансовых, кадровых, административных и организационных, которые в своей совокупности позволят заработать внедряемому в правовую систему механизму.

В связи с этим уместно рассмотреть вопрос об организации работы правовых институтов — организационной деятельности. Ее назначение состоит в определении плана работы и его практической реализации. В литературе по общей теории права с XX века идет дискуссия о выделении наряду с материальными и процессуальными нормами организационных норм права, которые по своей сути выступают правовым основанием, предшествующим организационной деятельности, осуществляемой в рамках правового поля [Борисова Л.Н., 2004: 12–15].

Для уяснения различий между выделенными видами правовых норм заметим, что традиционно в юридической науке нормы права в зависимости от специфики правового регулирования принято разделять на материальные и процессуальные. Первые регулируют содержательную сторону реальных общественных отношений, служат мерой юридических прав и обязанностей их участников [Мелехин А.В., 2009], т.е. определяют права и обязанности субъектов права. Вторые регулируют порядок деятельности субъектов правоотношений по осуществлению и защите норм материального права, т.е. прав и законных интересов участников общественных отношений. Исходя из своего функционального предназначения процессуальные нормы традиционно являются средством реализации материальных прав, обладая при этом не менее важным правовым содержанием и правовой ценностью, которая не может быть ограничена. Данные нормы содержатся в положениях как международных документов, так и в российских законодательных актах, зачастую в процессуальном законодательстве, к примеру, в УПК РФ, ГПК

РФ, АПК РФ, КАС РФ. Вместе с тем процессуальные нормы могут быть закреплены и в других нормативных правовых актах, поэтому при выявлении процессуального или материально-правового характера норм права следует предметно анализировать юридические свойства отдельной нормы.

Организационные нормы в теории права выделяются реже, но это не отменяет их значения в регулировании правоотношений. Более того, исправная работа целого ряда правовых институтов напрямую зависит от наличия и качественного содержания организационных норм. В частности, большое значение имеют обсуждаемые нормы при организации деятельности суда с участием присяжных заседателей, главной целью которого является обеспечение справедливого правосудия. Успешное выполнение данной задачи позволяет в результате одновременно повысить уровень правовой культуры и правосознания граждан. Таким образом, первостепенная цель суда присяжных обуславливает необходимость обеспечения особых организационных условий для исправного функционирования указанного института.

1. Предпосылки выделения уголовно-организационных норм и уголовно-организационных отношений в уголовном судопроизводстве

Невнимание к изучению организационных норм права в науке снижает качество нормативно-правовой материи. Государственный аппарат, обеспечивающий законодательный процесс, в силу отсутствия понимания целей детальной проработки организационных норм не обращает на них должного внимания как при подготовке законодательных изменений, так и при их правовой экспертизе. Эти обстоятельства приводят к разработке и принятию законодательных актов, не учитывающих детали организации работы правовых институтов: отсюда их неисправная работа, и, как следствие, размывание судебных процедур и правосудия в целом. Поэтому изучение правовой природы организационных норм является чрезвычайно важным направлением научной работы, способствующим качественному улучшению регулируемых правоотношений.

В то же время указанные обстоятельства не умаляют значения крупнейших научных трудов, посвященных теоретическим проблемам организации правосудия, которые выступают фундаментом для дальнейших теоретических изысканий в рассматриваемой сфере.

Необходимо принять во внимание и то, что юридическая наука в советский период развивалась в иной конституционной реальности, построенной на основе коммунистической идеологии и принципа полновластия советов народных депутатов [Петрухин И.Л., 2003: 546]. Это обусловило выстраивание специфической модели организации правовых институтов, в том числе

и организации судебной системы. Необходимо отметить, что институты правового государства фактически отсутствовали в советском опыте, а нынешние институты работают относительно недавно. Провозглашение России правовым, демократическим государством (ст. 1 Конституции РФ) обуславливает необходимость в переосмыслении и постоянном совершенствовании правовых институтов и условий, в которых протекает их повседневная работа. В связи с этим необходимо сделать очередной шаг в теоретическом осмыслении организации деятельности уголовного судопроизводства.

Очевидно, каждый вид правовых норм должен соответствовать определенным общеправовым требованиям, выработанным юридической наукой и практикой правоприменения. При этом нельзя игнорировать индивидуальные (специальные) признаки правовых норм, свойственных для специфических институтов права. Изучение указанных особенностей позволяет, если не в момент принятия закона, то впоследствии, по результатам его применения, внести коррективы в «обеспечительные», организационно необходимые условия применения нормативных институтов, повысить качество правового регулирования в соответствующей сфере общественных отношений.

Таким образом, назрела необходимость выделить уголовно-организационные отношения в уголовном судопроизводстве в качестве самостоятельного элемента, составляющего отдельный предмет изучения в науке о судебной власти. Предлагаемое выделение не является самоцелью и совершается не для умножения правовых понятий и сущностей. Этот шаг следует совершить для выработки и формулирования, прежде всего, на теоретическом уровне, коренных принципов (стандартов качества), которым должны соответствовать правовые нормы и конструкции уголовно-организационных отношений, обеспечивающие надлежащие условия осуществления правосудия по уголовным делам. Исследования в области организационно-процессуальных отношений могут позволить вычленить факторы, влияющие на реальную эффективность нормативного регулирования и правоприменения.

2. Структура уголовно-организационных отношений

Для выделения элементов уголовно-организационных отношений следует определить их внутреннюю структуру, а также дать составным элементам соответствующие дефиниции, чтобы сформировать понятийный аппарат, которым мы будем руководствоваться в настоящей работе. В науке уголовного процесса в качестве самостоятельных сущностей традиционно выделяются такие понятия, как «уголовный процесс», «уголовное судопроизводство», «уголовно-процессуальные отношения». Каждое понятие имеет историю становления и занимает в науке свою нишу.

Современный взгляд на рассматриваемые понятия отражен в учебнике «Курс уголовного процесса» [Головко Л.В., 2016], подготовленном кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора МГУ и во многом отражающем уровень развития доктрины отечественного уголовного процесса. Под «уголовным процессом» предлагается понимать возникновение, формирование и движение конкретного уголовного дела по стадиям до разрешения дела по существу, а, в значительной мере, и после его разрешения (если участники процесса не согласны с тем, как оно разрешено) [Головко Л.В., 2016]⁴. Порядок ведения уголовного процесса нормативно закреплен в УПК РФ.

Понятие «уголовно-процессуальные отношения», в свою очередь, рассматривается как правовая форма деятельности органов следствия, прокуратуры и суда, осуществляющих возложенные на них законом задачи, а сама деятельность есть содержание уголовно-процессуальных отношений [Строгович М.С., 1965: 34].

В связи с этим представляет интерес позиция видного советского ученого-юриста М.С. Строговича, который отметил: «То или иное общественное отношение, будучи урегулированным нормой права, приобретает форму правоотношения. В каждой отрасли права правовым нормам соответствуют определенные правоотношения и именно через эти правоотношения реализуются, находят применение нормы права. Уголовно-процессуальным нормам соответствуют уголовно-процессуальные отношения...» [Строгович М.С., 1965: 88].

Уголовно-процессуальные отношения выступают неотъемлемым элементом уголовного процесса, не могут быть исключены из самого понятия уголовного процесса, а должны войти в его определение в качестве органической составной части [Строгович М.С., 1965: 39]. Уникальная правовая структура уголовно-процессуальных отношений (*sui generis*) обуславливает дальнейшие шаги по их тщательному изучению.

Как ранее нами было отмечено, в литературе по общей теории права с XX века идет дискуссия о выделении наряду с материальными и процессуальными нормами организационных норм права. Одно из определений организационных норм приводится Л.Н. Борисовой, которая предлагает понимать под организационными нормами права самостоятельный вид процессуальных норм, выполняющих служебную роль и направленных на создание опре-

⁴ Слово «процесс», отмечают исследователи, происходит от латинского *processus*, т.е. движение вперед. В свою очередь, это подчеркивает динамику уголовно-процессуальной деятельности, когда уголовное дело последовательно движется из стадии в стадию, каждая из которых должна приближать нас к окончательному разрешению вопросов материального уголовного права.

деленных законодателем условий для успешного осуществления его субъектами своих прав и исполнения обязанностей [Борисова Л.Н., 2004: 15].

Применительно к организации уголовного судопроизводства комментируемое определение надлежит уточнить. Во-первых, назначение организационных норм в уголовно-процессуальных отношениях состоит, прежде всего, в организационном обеспечении функционирования институтов уголовного судопроизводства. Во-вторых, законодатель обеспечивает общие организационные условия осуществления уголовного судопроизводства. При этом решение части организационных вопросов законодатель возлагает на других субъектов, в том числе неучастников процесса в узко-нормативном смысле данного понятия, но обеспечивающих осуществление уголовно-процессуальных отношений. К примеру, в силу ч. 1 ст. 1 Федерального закона 8 января 1998 г. № 7-ФЗ «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации» Судебный департамент при ВС РФ является федеральным государственным органом, осуществляющим организационное обеспечение деятельности федеральных судов и мировых судей. В ходе уголовного судопроизводства в его организационном обеспечении участвуют также судья, работники аппарата суда (помощник судьи, секретарь судебного заседания) и иные лица, наделенные в соответствии с УПК РФ рядом полномочий организационного порядка.

Для формулирования дефиниции уголовно-организационных норм в уголовном судопроизводстве необходимо определить, что в современное время в науке понимается под термином «организация» и есть ли дополнительные основания для выделения вышеуказанных норм. В работе «Методология научных исследований» термин «организация» раскрывается через три основных утверждения: «организация» означает внутреннюю упорядоченность и согласованность взаимодействия более или менее дифференцированных и автономных частей целого, обусловленную его строением; это совокупность действий или процессов, которые ведут к образованию и совершенствованию взаимосвязей между частями целого; «организация» предполагает объединение людей, совместно реализующих какую-либо программу или же цель и действующих на основе процедур и правил [Пономарев А.Б., Пикулева Э.А., 2014: 6–7].

Организация деятельности, в свою очередь, в контексте методологии рассматривается как целенаправленная активность человека, где организовать деятельность означает упорядочить ее в целостную структуру — с четкими и определенными характеристиками, логической структурой, определяющими процесс ее осуществления [Пономарев А.Б., Пикулева Э.А., 2014: 7].

Представляется интересной точка зрения В.А. Бобренева, который рассматривает судебную деятельность как правоприменительную деятельность судов по рассмотрению и разрешению отнесенных к их компетенции во-

просов посредством конституционного, гражданского, арбитражного, административного и уголовного судопроизводства (правосудие) и всю совокупность мероприятий организационного характера, обеспечивающих его осуществление. Содержание судебной деятельности условно делится на: процессуальную деятельность, направленную на разрешение отнесенных к компетенции судов вопросов, возникающих при применении права, в установленных Конституцией РФ и федеральными законами видах и формах судопроизводства, т.е. собственно правосудие; организационную деятельность судов, включающую в себя мероприятия организационно-правового, кадрового, финансового, материально-технического, информационного, аналитического, статистического, документационного и иного характера, направленные на создание условий для полного и независимого осуществления правосудия [Ершов В.В., 2016: 28, 32].

Как видим, в современной науке имеются достаточные основания для выделения организационных норм в качестве самостоятельных. При этом очень важно различать фактическое обеспечение деятельности суда необходимыми условиями и нормативное обеспечение организации деятельности суда. По нашему мнению, фактическое обеспечение деятельности суда выступает следствием реализации как нормативных предписаний, т.е. уголовно-процессуальных норм, так и не имеющих нормативного закрепления организационных регламентаций (планы работы, методические рекомендации, алгоритмы практики и т.д.).

Чтобы отделить процессуальные нормы от организационных, представляется необходимым для начала сформулировать дефиницию понятию «организация уголовного процесса». Приведем признаки, отличающие организацию уголовного процесса от организации других видов деятельности: по предметной направленности — это мероприятия организационно-правового, кадрового, финансового, материально-технического, информационного, аналитического, статистического, документационного и иного характера; указанные меры реализуются участниками уголовного судопроизводства и иными лицами, уполномоченными государством в силу закона выполнять его публичные обязанности по обеспечению осуществления правосудия по уголовным делам (субъекты организации уголовного процесса); цель деятельности участников организации уголовного процесса — создание условий для полного и независимого осуществления правосудия по уголовным делам (содержательный аспект).

Таким образом, под «организацией уголовного процесса» следует понимать деятельность участников уголовного судопроизводства и иных уполномоченных лиц, реализующих меры организационно-правового, кадрового, финансового, материально-технического, информационного, аналитического, статистического, документационного характера в целях создания ус-

ловий для полного и независимого осуществления правосудия по уголовным делам.

Исходя из этого, под уголовно-организационными нормами уголовно-процессуального права следует понимать самостоятельный вид уголовно-процессуальных норм, направленных на создание условий для успешного осуществления участниками уголовного судопроизводства и иными процессуально действующими субъектами своих прав и обязанностей посредством обеспечения эффективной работы институтов уголовного судопроизводства.

Из предложенного нами определения понятия уголовно-организационных норм мы можем сделать вывод, что объектом уголовно-организационных отношений являются общественные отношения, складывающиеся по поводу создания условий для успешного осуществления участниками уголовного судопроизводства своих прав и исполнения обязанностей и обеспечения работы институтов уголовного судопроизводства.

Следовательно, субъектами уголовно-организационных отношений являются участники уголовного судопроизводства, а также лица, участвующие в организационном обеспечении правосудия по уголовным делам. Например, работники аппарата соответствующего суда, Судебного департамента при ВС РФ, Федеральной службы судебных приставов и т. д.

Исходя из сказанного, под уголовно-организационными отношениями предлагается понимать общественные отношения, урегулированные организационными нормами уголовно-процессуального законодательства и смежного с ним обеспечивающего судебную деятельность регулирования, участники которых выступают в качестве носителей соответствующих прав и обязанностей.

На примере главы 42 УПК РФ, регламентирующей производство по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей, выделим в ней некоторые уголовно-организационные нормы. К ним можно отнести следующие уголовно-процессуальные положения: 1) процесс составления предварительного списка присяжных заседателей и направления приглашений (ст. 326 УПК РФ); 2) обеспечение порядка подачи присяжными заседателями вопросов участникам процесса (ч. 4 ст. 335); 3) обеспечение сохранения тайны совещания присяжных заседателей в совещательной комнате (ст. 341); 4) создание условий для ведения протокола судебного заседания (ст. 353).

Нормативное проявление уголовно-организационных норм в системе действующего законодательства подтверждает их значимость в процессе правового регулирования общественных отношений. Более того, законодательная техника двух последних десятилетий идет по пути закрепления организационных норм в отдельный раздел (или самостоятельную струк-

турную единицу) законодательного акта, что значительно упрощает правоприменение, а сами нормы способствуют реализации норм других видов. Тем самым уголовно-организационные нормы проявляют себя как часть механизма правового регулирования.

В качестве примера можно привести следующие структурные единицы федеральных законов: статья 5 «Организационные основы национально-культурной автономии» — Федеральный закон от 17 июня 1996 г. № 74-ФЗ «О национально-культурной автономии»; статья 4 «Организационные основы противодействия экстремистской деятельности» — Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности»; глава 4 «Организационные основы системы страхования вкладов» — Федеральный закон от 23 декабря 2003 г. № 177-ФЗ «О страховании вкладов в банках Российской Федерации»; статья 5 «Организационные основы противодействия терроризму» — Федеральный закон от 6 марта 2006 г. № 35-ФЗ «О противодействии терроризму»; статья 5 «Организационные основы противодействия коррупции» — Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»; глава 4. «Организационные основы функционирования системы профилактики правонарушений» — Федеральный закон от 23 июня 2016 г. № 182-ФЗ «Об основах системы профилактики правонарушений в Российской Федерации».

Полагаем возможным охарактеризовать практику российского законодателя в части закрепления организационных норм в отдельные структурные единицы федеральных законов как положительную и требующую дальнейшего теоретического и практического развития. Видится целесообразным взять на заметку проанализированный опыт при совершенствовании механизмов правового регулирования отношений, возникающих в сфере уголовного судопроизводства.

В связи с этим представляется возможным обратить внимание законодателя на необходимость внесения изменений в действующее уголовно-процессуальное законодательство в части структурного выделения уголовно-организационных норм и их содержательного дополнения. Например, обособив их в отдельную структурную единицу федерального закона (возможно, в отдельную главу УПК РФ). Комплексный законодательный акт, дополняющий действующее законодательство уголовно-организационными нормами, позволит усовершенствовать работу отечественного уголовного процесса.

Таким образом, существование уголовно-организационных норм в системе текущего законодательства следует признать фактом в уголовно-процессуальном праве, который нам еще только предстоит осмыслить.

3. Круг вопросов, относящихся к сфере уголовно-организационных отношений

Остановимся подробнее на объекте уголовно-организационных отношений. Для этого понадобится раскрыть определение понятия «организационное обеспечение судебной деятельности», под которым мы понимаем нормативно закрепленные мероприятия кадрового, финансового, материально-технического, информационного и иного характера, направленные на создание условий для полного и независимого осуществления правосудия по уголовным делам⁵.

Как правило, в науке выделяют четыре элемента, составляющие содержание понятия «организационное обеспечение судебной деятельности», которые, по нашему мнению, одновременно являются и объектом уголовно-организационных отношений:

мероприятия кадрового характера (в части обеспечения процессов отбора, подготовки, переподготовки судей и кадрового обеспечения аппарата судов, а также иные аналогичные мероприятия, осуществляемые Судебным департаментом при ВС РФ) по ст. 4, 4.1, 5, 20.1, 20.2 Закона РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации»);

мероприятия финансового характера: а) обеспечение денежным содержанием судей и работников аппарата судов; б) обеспечение судов соответствующим финансированием текущего характера; в) финансирование капитального строительства зданий судов и т.п.; г) аналогичные мероприятия, производимые Судебным департаментом при ВС РФ (например: Федеральный закон от 10 февраля 1999 г. № 30-ФЗ «О финансировании судов Российской Федерации»);

мероприятия материально-технического характера (ст. 7 Федерального конституционного закона от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации»);

иные мероприятия, направленные на создание условий для полного и независимого осуществления правосудия: организация охраны и конвоирования лиц, содержащихся под стражей, к месту рассмотрения дела судом (ст. 12 Закона РФ от 21 июля 1993 г. № 5473-1 «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы»); обеспечение порядка деятельности судов, в том числе безопасность судей, присяжных заседателей, обеспечение безопасности иных лиц, находящихся в здании суда (ст. 11 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ «Об органах принудительного исполнения Российской Федерации»); принудительное испол-

⁵ Данное определение понятия аналогично легальному понятию «организационное обеспечение деятельности федеральных судов», закрепленному в Федеральном законе «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации».

нение судебных решений [Петрухин И.Л., 2003: 544]; г) научная аналитика судебной деятельности, в том числе научная организация труда, изучение международного опыта по вопросам организационного обеспечения судов⁶; организация делопроизводства; организация работы по архивному делопроизводству; сбор и анализ судебной статистики; отношения, складывающиеся по поводу информатизации судов; проверка качества организации деятельности судов⁷ (работы с документами, сроков оформления рассмотренных дел, финансово-хозяйственной работы судов и т.д.); методическое обеспечение деятельности судов (ст. 6 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 7-ФЗ «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации»). Детальное регулирование обозначенной сферы общественных отношений в совокупности с надлежащим исполнением планируемых к закреплению норм позволит улучшить работу по осуществлению правосудия по уголовным делам.

Следует отметить, что обозначенный круг вопросов выходит за рамки организации рассмотрения уголовных дел, но, тем не менее, создает общие условия для осуществления уголовного судопроизводства, поэтому целесообразно рассмотреть понятие уголовно-организационных отношений в уголовном процессе в широком смысле и в узком смысле, чтобы определить их сферу регулирования.

В широком смысле уголовно-организационные отношения в уголовном судопроизводстве охватывают всю совокупность правовых норм, закрепленных как в уголовно-процессуальном законодательстве, так и за его пределами, которые способствуют созданию условий для организации осуществления правосудия по уголовным делам. Данное понимание охватывает все вышеперечисленные направления работы, осуществляемые участниками уголовного судопроизводства и субъектами других правоотношений, которые обеспечивают работу по осуществлению уголовного судопроизводства, т.е. в рамках и за рамками уголовного процесса.

В узком смысле уголовно-организационные отношения в уголовном судопроизводстве следует рассматривать как систему норм, непосредственно закрепленных в уголовно-процессуальном законодательстве, и реализуемых участниками уголовно-процессуальных отношений. Например, процесс составления предварительного списка присяжных заседателей и направления приглашений (ст. 326 УПК РФ), обеспечение порядка подачи присяжными заседателями вопросов участникам процесса (часть 4 ст. 335 УПК РФ), обе-

⁶ Комментарий законодательства о судебной власти в Российской Федерации / А.А. Гравина, В.П. Кашепов, Т.О. Кошаева [и др.]; отв. ред. В.П. Кашепов. М.: Юрид. лит., 2000. С. 273.

⁷ Комментарий к Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации» (постатейный) / С.А. Батова, О.В. Бойков, Г.А. Гаджиев и др.; М.: НОРМА, 1998. 334 с. // СПС КонсультантПлюс.

спечение сохранения тайны совещания присяжных заседателей в совещательной комнате (ст. 341 УПК РФ), создание условий для надлежащего ведения протокола судебного заседания (ст. 353 УПК РФ) и др.

При детальном анализе положений Конституции РФ мы найдем несколько весьма значимых организационных норм, в своей совокупности составляющих организационно-правовой механизм, обеспечивающий условия для осуществления отечественного правосудия. Одна из таких норм закреплена в ст. 124 Конституции РФ, которая предусматривает финансирование судов из федерального бюджета в объеме, позволяющем обеспечить возможность полного и независимого осуществления правосудия⁸. Следует согласиться с точкой зрения И.Л. Петрухина, который пишет, что обсуждаемая норма выступает одной из составляющих принципа независимости судебной власти [Петрухин И.Л., 2003: 543]. Аналогичной позиции придерживается и М.И. Клеандров, который отмечает, что источники, размеры и порядок финансирования судов прямо влияют на независимость судей и эффективность работы судов, осуществление правосудия в целом⁹.

В связи с этим не остается сомнений в том, что морфология данной нормы указывает на ее служебный, т.е. организационный характер, и сама по себе призвана обеспечить условия для осуществления справедливого правосудия. Во исполнение положений Конституции РФ указанная норма нашла отражение в ряде федеральных законов, определяющих основы судебной системы, к примеру: материальное обеспечение судей (ст. 19)¹⁰; финансирование федеральных судов и мировых судей из федерального бюджета, порядок финансирования мероприятий по реформированию судебной системы (ст. 3 и 38)¹¹; финансовое обеспечение деятельности судов общей юрисдикции, материально-техническое обеспечение деятельности судов общей юрисдикции (ст. 6 и 7)¹²; финансирование и обеспечение деятельности военных судов и судебной коллегии по делам военнослужащих ВС РФ¹³ (глава IV); гарантии

⁸ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // СПС КонсультантПлюс.

⁹ Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / Л.В. Андриченко, С.А. Боголюбов, Н.С. Бондарь и др.; под ред. В.Д. Зорькина. 2-е изд., пересмотренное. М.: Норма; Инфра-М, 2011. 1008 с. // СПС КонсультантПлюс.

¹⁰ Закон Российской Федерации от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» (ред. от 05.04.2021) // РГ. 29.07.1992.

¹¹ Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (ред. от 08.12.2020) // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1.

¹² Федеральный конституционный закон от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» (ред. от 08.12.2020) // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 898.

¹³ Федеральный конституционный закон от 23 июня 1999 г. № 1-ФКЗ «О военных судах Российской Федерации» (ред. от 08.12.2020) // СЗ РФ, 28.06.1999, № 26, ст. 3170.

деятельности Конституционного Суда РФ (далее — КС РФ) (ст. 7)¹⁴; финансовое обеспечение деятельности ВС РФ (ст. 15)¹⁵; организационное обеспечение деятельности мировых судей (ст. 10)¹⁶.

Ранее в нашей стране существовали различные модели организационного и материального обеспечения правосудия. Данные функции в разные периоды времени выполняли высшие судебные инстанции либо органы юстиции. Каждая модель имела свои концептуальные недостатки. Как отмечают авторы «Комментария к Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации»», передача вышестоящим судам надзорных полномочий наряду с управленческими и организационными функциями приводила к негативным последствиям. Нижестоящие суды находились как в процессуальном, так и в административном подчинении вышестоящих судебных органов, что делало независимость судей в СССР условной¹⁷. Ответственность за состояние дел в нижестоящих судах возлагалась на вышестоящие суды. Это, в свою очередь, провоцировало суды областного уровня искусственно завышать показатели стабильности в руководимых ими районных и городских судах путем оставления без изменения при кассационном рассмотрении дел приговоров и решений, содержащих судебные ошибки.

Ненадлежащие механизмы и неисправная финансовая модель по обеспечению судебной системы средствами способны привести к нарушению прав граждан на судебную защиту. О чем свидетельствуют печально известные события, отраженные в постановлении Совета судей РФ от 16 октября 1996 г. «О кризисе судебной власти в России», в котором указывалось на «крайне неудовлетворительное» финансирование судов, вызвавшее повсеместное и массовое нарушение конституционного права граждан на судебную защиту. Ряд судов был вынужден приостановить свою деятельность, технические работники части судов объявили предзабастовочное состояние, а некоторые председатели судов изыскивали возможности финансовой поддержки из средств регионального или местного бюджета или вовсе коммерческих структур, что в корне не соответствовало конституционным требованиям¹⁸.

¹⁴ Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (ред. от 01.07.2021) // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

¹⁵ Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» (ред. от 02.08.2019) // СЗ РФ. 2014. № 6. Ст. 550.

¹⁶ Федерального закона от 17 декабря 1998 г. № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации» (ред. от 01.07.2021) // СЗ РФ. 1998. № 51. Ст. 6270.

¹⁷ Комментарий к Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации» (постатейный) / С.А. Батова, О.В. Бойков, Г.А. Гаджиев и др.; под ред. В.И. Радченко, В.П. Кашепова. М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1998. 334 с. // СПС КонсультантПлюс.

¹⁸ Постановление Совета судей РФ от 16.10.1996 г. «О кризисе судебной власти в России» // СПС КонсультантПлюс.

Несовершенство описанных моделей организационного обеспечения судов, усугубляемое финансовым кризисом, привело к необходимости формирования современной модели, где главную роль играет Судебный департамент при ВС РФ. Сегодняшняя модель снабжена рядом принципиальных позиций, которые прежде не находили своего отражения в правовых конструкциях, регулирующих деятельность по организации деятельности судов. Целью этих положений является бесповоротное обеспечение гарантий по финансированию деятельности судов. Речь идет о следующих правоположениях:

уменьшение финансирования судов не более чем на 5% может осуществляться с согласия Совета судей РФ, а уменьшение финансирования более чем на 5 % — с согласия Всероссийского съезда судей РФ;

финансирование судов и Судебного департамента ВС РФ осуществляется ежемесячно равными долями в размере 1/12 суммы, предусмотренной на их содержание федеральным законом о федеральном бюджете на очередной финансовый год. В случае неперечисления указанных сумм либо неполного их перечисления в указанный срок их списание со счета Главного управления Федерального казначейства Минфина России осуществляется в бесспорном порядке инкассовыми поручениями КС РФ, ВС РФ, Судебного департамента при ВС РФ;

финансовое обеспечение федеральных судов и мировых судей должно осуществляться исключительно из федерального бюджета (за исключением материально-технического обеспечения деятельности мировых судей, осуществляемого за счет бюджета соответствующего субъекта);

расходы на финансирование мероприятий, связанных с реформированием судебной системы, должны предусматриваться отдельной строкой в федеральном бюджете;

также отдельной статьёй в бюджете предусматриваются средства, необходимые для обеспечения деятельности КС РФ; смета расходов КС РФ не может быть уменьшена по сравнению с предыдущим финансовым годом;

Правительство РФ при разработке проекта федерального бюджета на очередной финансовый год обязано учитывать в том числе расходы на материальное обеспечение судей, работников аппаратов судов, Судебного департамента при ВС РФ, включая социальные гарантии судей и членов их семей, защиту судей, ресурсное обеспечение судов РФ.

Таким образом, организационные отношения, касающиеся финансового обеспечения деятельности судов, с момента образования РФ претерпели значительные изменения на теоретическом и практическом уровнях.

Заключение

В заключение рассмотрим направления развития уголовно-организационных отношений в уголовном судопроизводстве. Также видится возмож-

ным обозначить сферу материально-технического обеспечения, в частности, разработку стандартов «комфортности» для работы участников уголовного судопроизводства. Исследования в области организации уголовного процесса приобретают особую актуальность в период расширения применения института присяжных в связи с введением указанного института на уровне районных судов (военных гарнизонных). С принятием данных изменений Судебному департаменту при ВС РФ предстояло оборудовать 2 290 судов районного уровня помещениями для рассмотрения дел с участием присяжных заседателей [Гусев А.В., 2018: 5-6]. Была проведена масштабная работа, которая позволила суду присяжных функционировать на районном уровне. В то же время не стоит забывать о значительных финансовых ограничениях, в условиях которых претворилась в жизнь указанная реформа, по той причине, что принятый Федеральный закон о расширении применения института присяжных заседателей не предполагал выделения бюджетных средств в связи с его принятием. Поэтому чрезвычайно важно продолжать работу по созданию надлежащих условий, способствующих эффективной работе суда присяжных в России.

Необходимо отметить, что современное законодательство имеет ряд серьезных изъянов, например, не определяет типовых планов помещений судов для судебных заседаний, а перечни обеспеченности судов мебелью во многом устарели и не учитывают социальных, психологических, культурных и иных особенностей участников судопроизводства, для которых должны быть созданы соответствующие условия, обеспечивающие отправление независимого и справедливого правосудия.

Методическое обеспечение судов и участников уголовного судопроизводства, в том числе осуществляемого с участием присяжных заседателей, имеет большой потенциал «по настройке» организации уголовного судопроизводства, который сегодня не реализован в должной мере.

Организация и ведение судебной статистики о деятельности судов с участием присяжных заседателей остро нуждается в совершенствовании. Вызывает интерес опыт Российской Империи, где сведения об оправдательных приговорах собирались и передавались в Министерство юстиции по статистическому отделению в тех случаях, когда процент оправдательных приговоров превышал 20%. Качественный анализ статистических сведений об оправдательных приговорах позволял государственным органам выявлять отдельные несовершенства уголовного закона с точки зрения населения, для безопасности которого, собственно, уголовный закон и был принят.

Социально-правовые исследования судебной деятельности являются частью научной аналитической работы, которой в судебной политике уделяется катастрофически мало внимания вопреки позитивному опыту зарубежных стран. В связи с этим социологические исследования судеб-

ной деятельности все чаще осуществляются научным сообществом за счет собственных средств, фондов или средств некоммерческих организаций. Бюджетный дефицит исследований зачастую влияет на их качество, что не позволяет прийти к объективным выводам и, соответственно, во многом препятствует развитию всего комплекса организационных отношений в сфере судопроизводства.

Количество организационных норм в системе действующего законодательства определяет тщательность подготовки к работе правового института.

В заключение обратим внимание на то, что от степени научного развития уголовно-организационных отношений во многом зависит дальнейшее развитие отечественного уголовного судопроизводства.



Список источников

1. Божьев В. Пленум Верховного Суда РФ о производстве в суде с участием присяжных заседателей // Законность. 2006. № 4. С. 2–7.
2. Борисова Л.Н. Общая теория процессуальных норм права: автореферат дис. ... к.ю.н. Ставрополь, 2004. 26 с.
3. Головкин Л.В. (ред.) Курс уголовного процесса. М.: Статут, 2016. 1278 с.
4. Ершов В.В. (ред.) Организация судебной деятельности. М.: Российский государственный университет правосудия, 2016. 390 с.
5. Кашепов В.П. (отв. ред.) Организация и деятельность судов общей юрисдикции: новеллы и перспективы. М.: КОНТРАКТ, 2016. 233 с.
6. Мелехин А.В. Теория государства и права, 2009 // СПС КонсультантПлюс.
7. Пашин С.А. Возможности совершенствования российского суда с участием присяжных заседателей // Суд присяжных в России: совершенствование процедур и расширение юрисдикции. М.: Либеральная миссия, 2010. 84 с.
8. Пашин С.А. Суд присяжных: первый год работы. М.: Изд-во Междунар. ком. содействия правовой реформе, 1995. 48 с.
9. Пашин С.А. Судебная реформа и суд присяжных. М.: РПА МЮ РФ, 1995. 76 с.
10. Петрухин И.Л. (ред.) Судебная власть. М.: Проспект, 2003. 720 с.
11. Пономарев А.Б., Пикулева Э.А. Методология научных исследований. Пермь: Изд-во Перм. нац. исслед. политехн. ун-та, 2014. 186 с.
12. Степалин В.П. Судебный марафон с препятствиями // Российская юстиция. 1998. № 3. С. 7–9.
13. Строгович М.С. Курс уголовного процесса. Т. 1. М.: Наука, 1968. 468 с.
14. Халдеев Л.С. (отв. ред.) Суд присяжных. Научно-практический сборник. М.: РПА МЮ РФ, 1993. 372 с.
15. Шахбанова Х.М. Исторические аспекты развития суда присяжных в России // История государства и права. 2015. № 23. С. 46–49.



References

1. Bozh'ev V. (2006) RF Supreme Court Plenum on the jury in court. *Zakonnost'*, no 4, pp. 2–7 (in Russ.)
2. Borisova L.N. (2004) *General theory of procedural legal norms*. Candidate of Juridical Sciences. Summary. Stavropol', 26 p.
3. Golovko L.V. (ed.) (2016) *The course of legal process*. Moscow: Statut, 1278 p. (in Russ.)
4. Ershov V.V. (ed.). (2016) *Juridical activity*. Moscow: Rossiyskiy gosudarstvenniy universitet pravosudiya, 390 p. (in Russ.)
5. Kashepov V.P. (2016) *Organisation and activity of the courts of general jurisdiction: novellas and perspectives*. Moscow: Kontrakt, 233 p. (in Russ.)
6. Khaldeev H.M. (ed.) (2015) Historical aspects of the development of jury in Russia. *Istoriya gosudarstva i prava=History of State and Law*, no 23, pp. 46–49 (in Russ.)
7. Melekhin A.V. (2009) *Theory of state and law*. SPS Konsultant plus (in Russ.)
8. Pashin S.A. (2010) Suggestions on the improvements of Russian jury courts. Moscow: RPA, 84 p. (in Russ.)
9. Pashin S.A. (1995) *Judicial reform and jury*. Moscow: RPA, 76 p. (in Russ.)
10. Pashin S.A. (1995) *Jury: the first year of activity*. Moscow: RPA, 48 p. (in Russ.)
11. Petrukhin I.L. (ed.) (2003) *Judicial power*. Moscow: Prospekt, 720 p. (in Russ.)
12. Ponomarev A.B., Pikuleva E.A. (2014) *The methodology of research*. Perm: University, 186 p. (in Russ.)
13. Shakbanova H.M. (2015) Historical aspects in the development of jury in Russia. *Istoriya gosudarstva i prava=History of State and Law*, no 23, pp. 46–49 (in Russ.)
14. Stepalin V.P. (1998) Judicial marathon with barriers. *Rossiyskaya yustitsiya=Russian justice*, no 3, pp. 7–9 (in Russ.)
15. Strogovich M.S. (1968) *The course of criminal process*. Moscow: Nauka, 468 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

Н.В. Буштец — аспирант.

Information about the author:

N.V. Bushtets — Postgraduate student.

Статья поступила в редакцию 06.04.2021; одобрена после рецензирования 15.09.2021; принята к публикации 29.09.2021.

The article was submitted to the editorial office 06.04.2021; approved after reviewing 15.09.2021; accepted for publication 29.09.2021.

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Научная статья

УДК 347.91

DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.80.95

Досудебный порядок урегулирования спора в системе защиты гражданских прав



Екатерина Владимировна Михайлова

Институт государства и права Российской академии наук, 119019 Россия, Москва,
ул. Знаменка, 10, igpran@igpran.ru, <https://orcid.org/0000-0003-0313-3813>



Аннотация

В статье рассматривается проблема правовой природы и места досудебного (претензионного) порядка урегулирования спора в системе способов и процессуальных форм защиты нарушенных или оспоренных гражданских прав. Зачастую досудебное урегулирование конфликта лишь дополнительно усложняет и затягивает процесс защиты нарушенного или оспоренного права. Кроме того, наличие внесудебных соглашений о примирении не является основанием для отказа судом в принятии искового заявления по тому же предмету и основаниям. Следовательно, досудебное (претензионное) урегулирование споров в любых его формах (посредничество, медиация, онлайн-урегулирование и проч.) не будет востребовано обществом до тех пор, пока государство не предоставит соответствующих гарантий его результатам. Идеальным решением проблемы было бы нормативное закрепление права на получение исполнительного листа на внесудебные соглашения о примирении, но этот путь требует кардинальных изменений в системе досудебного урегулирования: его должны осуществлять субъекты, имеющие высшее юридическое образование, порядок их деятельности и организации должны подлежать государственному контролю (по аналогии с третейскими судами), а за результаты своей деятельности (заключение под их руководством соглашений, нарушающих закон или права других лиц) эти субъекты должны нести специальную (а не общую гражданско-правовую) ответственность. На настоящем этапе предлагается закрепить нотариальное удостоверение не только медиативных соглашений, но всех внесудебных соглашений о примирении. Также отмечено, что обязательное досудебное урегулирование спора сегодня является одной из форм внесудебного примирения, надлежащее соблюдение которой требуется доказать при обращении в го-

сударственный суд. Во избежание возможных злоупотреблений будет целесообразно закрепить нотариальное удостоверение также документов, подтверждающих использование процедуры онлайн-урегулирования спора. Отмечается, что процедура досудебного урегулирования спора не должна носить формального характера, а обязанность ее соблюдения распространяется лишь на правообладателя (истца).



Ключевые слова

правосудие, судопроизводство, третейский суд, альтернативные способы защиты права, переговоры, посредничество, медиация, досудебное урегулирование спора, прокурор

Для цитирования: Михайлова Е.В. Досудебный порядок урегулирования спора в системе защиты гражданских прав // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 1. С. 80–95. DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.80.95

Russian Law: conditions, perspectives, commentaries

Research article

Pre-trial Procedure for Resolving a Dispute in the System of Protection of Civil Rights



Ekaterina V. Mikhailova

Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, 10 Znamenka, Moscow, 119019 Russia. igpran@igpran.ru, <https://orcid.org/0000-0003-0313-3813>



Аннотация

The article deals with the problem of the legal nature and place of the pre-trial (claim) procedure for settling a dispute in the system of methods and procedural forms of protection of violated or contested civil rights. Often, pre-trial settlement of a conflict only further complicates and delays the process of protecting a violated or contested right. In addition, the existence of out-of-court conciliation agreements is not a reason for the court to refuse to accept a statement of claim on the same subject and grounds. Consequently, pre-trial (claim) settlement of disputes in any of its forms (mediation, online settlement, etc.) will not be in demand by society until the state provides appropriate guarantees for its results. The ideal solution to the problem would be the normative fixing of the right to receive a writ of execution for out-of-court conciliation agreements, but this path requires fundamental changes in the system of pre-trial settlement: it should be carried out by entities with a higher legal education, the procedure for their activities and organizations should be subject to state control (according to analogy with arbitration courts), and for the results of their activities (the conclusion under their leadership of agreements that violate the law or the rights of other persons), these entities should bear special (rather than general civil law) responsibility. At this stage, it is proposed to fix the notarization of not only mediation agreements, but all

out-of-court conciliation agreements. It is also noted that mandatory pre-trial settlement of a dispute today is one of the forms of out-of-court reconciliation, the proper observance of which must be proven when applying to a state court. In order to avoid possible abuses, it would be advisable to notarize the documents confirming the use of the online dispute resolution procedure as well. It is noted that the procedure for pre-trial settlement of the dispute should not be formal, and the obligation to comply with it applies only to the copyright holder (plaintiff).

Keywords

justice, legal proceedings, arbitration court, alternative ways of protecting rights, negotiations, mediation, pre-trial settlement of a dispute, prosecutor

For citation: Mikhailova E.V. (2022) Pre-trial Procedure for Resolving a Dispute in the System of Protection of Civil Rights. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 1, pp. 80–95 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.1.80.95.

Введение

Конституция Российской Федерации гарантирует каждому государственную защиту его прав и свобод (ст. 45, 46). Вместе с тем, каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45). Обращение в суд за защитой своих гражданских прав — почти норма для российского правоприменителя. Это легко объяснить — как писал А.С. Алексеев, «власть государства, как власть всякого корпоративного союза, представляет собой искусственно организованную волевою силу, приспособленную к охранению того интереса, обеспечение которого составляет специфическую задачу союза. Специфическая же задача государства, как мы знаем, заключается в охранении принудительного порядка» [Алексеев А.С., 1895: 34]. Н.М. Коркунов подчеркивал, что «еще в Средние века было весьма распространено воззрение, признающее принуждение существенным, отличительным признаком права» [Коркунов Н.М., 2003: 94].

Право как закрепленный в нормативной форме «общий интерес» обеспечивается государственной охраной и, в случае нарушения, судебной защитой. Поэтому обращение к суду — это естественный путь защиты нарушенного права, и при этом вполне надежный.

Однако количество гражданских дел неуклонно увеличивается: согласно официальным данным, на 10% за год¹. Результатом этого является чрезмерная загруженность судов, и, как следствие, снижение качества выносимых ими решений. «Побочным эффектом» выступают репутационные потери,

¹ Available at: URL: https://www.vsrfr.ru/press_center/mass_media/29651/ (дата обращения: 19.10.2021)

разрыв деловых и дружеских контактов, партнерских отношений, финансовые и организационные затраты участников правовых конфликтов. Как справедливо отметила А.К. Большова, «судья рассматривает то количество дел, которое ему поступает. Происходит это за счет уплотнения графика своей работы, времени, отведенного на отдых, на семью, что отрицательно сказывается на качестве осуществления правосудия» [Большова А.К., 2010: 86].

Безусловно, доверие к судебной власти со стороны общества для государства весьма лестно. Однако думается, что правовая система должна быть устроена таким образом, чтобы у участников правового конфликта был не один инструмент защиты — государственный суд — а несколько.

1. Система защиты гражданских прав

Защита нарушенного или оспоренного права — понятие, до сих пор не имеющее четкого и единого определения. Возможны два подхода к его определению: 1) путем рассмотрения защиты права как процессуальной деятельности уполномоченных субъектов по рассмотрению и разрешению юридических дел (собственно судопроизводство); 2) понимание защиты права как материального результата процессуальной деятельности по рассмотрению и разрешению уполномоченными субъектами отнесенных к их компетенции дел (судебный акт, акт третейского суда). Объединяет эти два подхода ключевой признак: защита права всегда сопряжена с действиями уполномоченного субъекта. Эти субъекты перечислены в ст. 11 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) и к ним относятся: суд общей юрисдикции, арбитражный суд и третейский суд. Таким образом, система защиты нарушенных или оспоренных прав — это совокупность действий, совершаемых государственными и третейскими судами и направленная на рассмотрение и разрешение отнесенных к их ведению дел.

Итак, помимо обращения к правосудию, у субъектов гражданско-правовой и предпринимательской деятельности есть возможность прибегнуть к помощи третейского суда. Третейские суды являются действительной альтернативой государственному судопроизводству, поскольку на их решения может быть получен исполнительный лист, а наличие ставшего обязательным для сторон решения третейского суда является одним из оснований к отказу в принятии искового заявления, содержащего тождественное требование, как в гражданском, так и в арбитражном судопроизводстве.

Однако реформа третейского разбирательства 2015 г., связанная с закреплением административно-разрешительного порядка создания третейских судов, способствовала не только усилению действия принципа законности третейского разбирательства и «прозрачности» деятельности третейских судов, но и существенному сокращению их числа. Поэтому в настоящее вре-

ма обращение в третейский суд может быть непростым и длительным процессом, кроме того, третейский суд, как и государственный, разрешает спор по существу (т.е. определяет «правого и виноватого»), а не урегулирует его. Поэтому по сути третейское разбирательство — это один из двух вариантов «силового» разрешения конфликта, хотя и более мягкий, чем государственное судопроизводство, хотя бы в силу действия в нем принципа конфиденциальности. Кроме того, необходимо иметь в виду, что третейские суды вправе рассматривать далеко не все дела. Еще А.И. Вицын писал, что «как приговор частного лица, приговор третейский не может иметь авторитета в деле государственном» [Вицын А.И., 1856: 16].

Приоритетным направлением развития отечественного законодательства в современный период должен стать поиск правовых путей исчерпания конфликтов на основе взаимного согласия сторон, поиска компромисса. Иначе говоря, акцент должен быть перенесен на внесудебное урегулирование.

2. Формы внесудебного урегулирования споров

В последнее десятилетие законодателем был предпринят ряд попыток создать внесудебные альтернативные механизмы разрешения споров. Прежде всего, в 2010 г. был принят ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» № 193-ФЗ (далее — Закон о медиации)². Этот Закон внедрил в российскую правовую систему принципиально новый институт — медиацию. Кратко его суть заключается в том, что участники правового конфликта вправе обратиться к третьему, независимому лицу, которое, будучи не заинтересованным в деле и не связанным интересами какой-либо из сторон, окажет содействие обеим сторонам в мирном и взаимоприемлемом урегулировании спора.

Закон о медиации, несмотря на ряд усовершенствований, обладает серьезными недостатками, не позволяющими отнести его к альтернативам судебной защиты наряду с третейским разбирательством. Во-первых, медиация как внесудебная процедура лишена элемента публично-правового регулирования. Это частноправовая процедура, ничем не отличающаяся от «прямых» переговоров сторон. Закон не требует обязательного лицензирования деятельности медиатора, отсутствует институт государственной регистрации медиаторов, не предусмотрены административные механизмы получения разрешения на осуществление деятельности по медиации. Более того, к медиаторам до сих пор не предъявляется требования о наличии у них высшего юридического образования. Учитывая также то, что медиато-

² Федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27.07.2010 № 193-ФЗ // СПС КонсультантПлюс.

ры не являются участниками медиативного соглашения, заключаемого по результатам оказания ими соответствующих услуг (медиативное соглашение подписывают только стороны правового конфликта), и то, что они не несут никакой специальной (кроме гражданско-правовой) ответственности за содержание этих соглашений, следует признать оправданным отсутствием у медиативного соглашения публично-правовых черт. Медиативное соглашение — это акт частного права, гражданско-правовая сделка, и, в отличие от решения третейского суда, оно не может быть приведено в исполнение в принудительном порядке.

Говоря о внесудебной медиации, нужно понимать, что и до принятия одноименного закона гражданское законодательство предусматривало и предусматривает посредничество. Часть 2 ст. 182 ГК РФ закрепляет, что лица, уполномоченные на вступление в переговоры относительно возможных в будущем сделок, представителями не являются. Указанные лица — это и есть посредники, способствующие заключению гражданско-правовой сделки, в том числе и соглашений о примирении.

Е.А. Нефедьев классифицировал мировые сделки на внесудебные и судебные: «Когда мировая сделка заключается до возникновения процесса или после его прекращения, то она есть только договор; если же она заключается во время процесса, то это — договор, приравняемый, по его действию, к судебному решению» [Нефедьев Е.А., 1908: 336]. Е.В. Васьковский также отмечал, что «как мировая сделка, так и постановление третейского суда имеют одинаковую силу с решениями судебных мест. Разница между ними состоит только в том, что постановление третейского суда исполняется как судебное решение, а мировая сделка создает между тяжущимися новое договорное отношение, к которому применяются все правила относительно договоров» [Васьковский Е.В., 1894: 169]. В другой своей работе ученый указывал, что правовые последствия материально-правовой мировой сделки (т.е. соглашения о примирении, заключенного вне суда) не аналогичны правовому эффекту процессуального примирения: «Будучи представлена в суд, она дает основание для возражения о законченном миром спорном отношении, но подлежит свободной оценке суда, как обыкновенное письменное доказательство» [Васьковский Е.В., 2003: 364]. Как видно, и в настоящее время, и в дореволюционный период внесудебное мировое соглашение не является препятствием для реализации права на обращение в суд и в рамках судебного процесса представляет собой лишь одно из доказательств по делу.

Иначе говоря, любое внесудебное соглашение о примирении — это гражданско-правовой договор, лишенный публично-правовых свойств. На его природу абсолютно не влияет присутствие или отсутствие в переговорном процессе посредника, и медиация не оказывает никакого влияния на существо достигнутых сторонами договоренностей. По справедливому суждению

Р.Е. Гукасяна, «если из определения мирового соглашения исключить признак спорности правоотношения, по поводу которого заключается мировое соглашение, то оставшиеся признаки будут характеризовать его как обычное соглашение, юридический факт материального права, изменяющий или прекращающий правоотношение» [Гукасян Р.Е., 2008: 171].

Таким образом, медиация, вопреки расхожему мнению, вовсе не является единственной формой «примирительного посредничества». Соглашение о примирении вполне может быть заключено участниками правового конфликта либо посредством «прямых», неосложненных переговоров, либо переговоров с привлечением третьего лица (эксперта, специалиста в той или иной материально-правовой сфере и др.), либо с привлечением медиатора. Например, стороны могут обратиться к известному ученому, опытному практику, судье в отставке с просьбой об оказании им содействия в достижении примирения.

Однако есть важное обстоятельство. Несмотря на то, что результатом любой внесудебной примирительной процедуры выступает гражданско-правовое соглашение, в отношении медиативных соглашений предусмотрена возможность нотариального удостоверения. В соответствии с ч. 5 ст. 12 Закона о медиации нотариально удостоверенное медиативное соглашение имеет силу исполнительного документа. При этом нотариус удостоверяет медиативное соглашение с обязательным участием медиатора (или медиаторов), а медиативное соглашение должно содержать их подписи (ст. 59.1 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате³). Д.Г. Фильченко по этому поводу пишет, что «придание силы исполнительного документа нотариально удостоверенному результату процедуры медиации потенциально может выступить побудителем, стимулирующим средством, формирующим интерес субъектов спорного отношения к внесудебному урегулированию споров» [Фильченко Д.Г., 2021: 322].

Но нам представляется, что такое положение ставит медиаторов в приоритетное по сравнению с другими посредниками положение. Впрочем, следует иметь в виду, что нотариально удостоверить можно любое гражданско-правовое соглашение, препятствий к этому нет. Но оно в любом случае не приобретет силу исполнительного документа. Поэтому видится целесообразным распространить действие ст. 59.1 Основ законодательства РФ о нотариате на любые внесудебные соглашения о примирении. Только в этом случае внесудебное примирение станет альтернативой гражданскому и арбитражному судопроизводству.

³ «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1) (ред. от 02.07.2021) // СПС КонсультантПлюс.

Отсутствие у медиации элементов публично-правового регулирования и, соответственно, публично-правовых свойств, не позволяет включить эту факультативную правовую процедуру в систему защиты нарушенных или оспоренных гражданских прав. Можно с уверенностью констатировать, что медиация сегодня существует «сама по себе».

Другая попытка расширения способов защиты права связана с рассматриваемым в настоящее время Государственной Думой РФ законопроектом о внесении изменений в Закон РФ «О защите прав потребителей» и Закон о медиации в части создания правовой основы для развития системы альтернативных онлайн-механизмов урегулирования споров⁴. Как следует из текста Пояснительной записки к нему, предполагается создание электронного сервиса единого портала государственных и муниципальных услуг, обеспечивающего процесс предъявления, рассмотрения и удовлетворения требований потребителей в рамках досудебного урегулирования споров между потребителем и изготовителем с использованием информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». В результате использования механизма онлайн-урегулирования спора стороны могут заключить соглашение, представляющее собой гражданско-правовой договор.

Следует подчеркнуть, что предлагаемая процедура онлайн-урегулирования споров не имеет существенных отличий от медиации: она регулируется нормами гражданского права, ее результатом выступает частноправовое соглашение. Аналогичным образом, она будет востребована только при условии придания ее результатам публично-правовых свойств. Основной особенностью онлайн-урегулирования является то, что взаимодействие участников правового конфликта происходит с использованием различных цифровых средств связи, сайтов сети Интернет и т.д. Но форма взаимодействия субъектов не может выступать определяющим признаком для признания за онлайн-урегулированием споров характера самостоятельного способа защиты права. Как посредничество и медиация, онлайн-урегулирование — это форма внесудебного примирения.

Наконец, третье правовое нововведение связано с закреплением нового процессуального института: судебной примирительной процедуры. В отличие от переговоров, посредничества, медиации и онлайн-урегулирования споров, судебная примирительная процедура — это институт публичного, процессуального права и часть государственного судопроизводства. Использование судебного примирения не снизит нагрузку на суды, оно лишь позволит завершать рассмотрение дел мировым соглашением. Как справедливо отмечают ученые, «примирение сторон, которое осуществляет судья в судебном процессе, нельзя рассматривать как особую внесудебную процеду-

⁴ Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1138398-7> (дата обращения: 07.10.2021)

ру, и использование судьями медиативных методик вряд ли решит проблему снижения судебной нагрузки» [Милохова А.В., 2013: 118].

3. Досудебное (претензионное) урегулирование споров: понятие, правовая природа, формы

Весьма эффективным видится введение обязательного досудебного (претензионного) порядка урегулирования гражданско-правовых споров. Н.И. Клейн писала, что «представляется целесообразным введение претензионного порядка для всех имущественных споров организаций и индивидуальных предпринимателей, подведомственных арбитражному суду, с определением сроков для рассмотрения предъявленных претензий, если такой срок не определен договором» [Клейн Н.И., 2010: 8]. Как отмечается в литературе, законодательство большинства государств не предусматривает досудебного порядка урегулирования спора, но именно этот институт представляется ученым действенным средством повышения качества работы судебной системы [Князев Д.В., 2017: 78]. С этим мнением можно согласиться.

Вопросы досудебного порядка урегулирования споров, рассматриваемых в порядке гражданского и арбитражного судопроизводства, детально урегулированы в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 22 июня 2021 № 18 «О некоторых вопросах досудебного урегулирования споров, рассматриваемых в порядке гражданского и арбитражного судопроизводства» (далее — Постановление № 18)⁵. Важнейшими представляются следующие аспекты.

Во-первых, досудебное урегулирование споров в гражданском и арбитражном судопроизводстве установлено как по частноправовым делам, так и по публично-правовым конфликтам. В п. 1 Постановления № 18 закреплено, что под досудебным урегулированием следует понимать деятельность сторон спора до обращения в суд, осуществляемую ими самостоятельно (переговоры, претензионный порядок) либо с привлечением третьих лиц (например, медиаторов, финансового уполномоченного по правам потребителей финансовых услуг), а также посредством обращения к уполномоченному органу публичной власти для разрешения спора в административном порядке. В п. 45 закреплено: обязательный досудебный порядок урегулирования спора для субъектов экономической деятельности, оспаривающих ненормативные правовые акты, решения, действия (бездействие) наделенных публичными полномочиями органов и их должностных лиц, состоит в исчерпании такими лицами административных средств защиты — в обжаловании в установленном порядке оспариваемого акта, решения, действий

⁵ Available at: URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_388236/ (дата обращения: 08.10.2021)

(бездействия), если в соответствии с федеральным законом реализация права на обжалование является условием для последующего обращения в суд.

Возможность заключения гражданско-правовых соглашений в делах публично-правового характера в доктрине всегда вызывала споры. Субъекты «вертикальных» отношений не могут заключать «горизонтальных» соглашений. Поэтому надо иметь в виду, что соглашения по делам, возникающим из административных и иных публично-правовых отношений, в любом случае не могут изменять содержания нормативно-правового акта. Они могут быть направлены лишь на согласование фактических обстоятельств в конкретном деле. В любом случае, как верно отмечают авторы, «возможность применения медиативных процедур государственными органами должна быть обеспечена действенным антикоррупционным механизмом» [Федорова Л.В., 2021: 336].

В литературе высказано мнение о том, что досудебное урегулирование публично-правовых конфликтов должно быть законодательно регламентировано в качестве законного правомочия граждан, но не должно препятствовать обращению в суд. Предложено разработать «проект федерального законодательного акта, определяющего право гражданина и организации на обжалование решений и действий (бездействия) органов государственной власти и местного самоуправления в досудебном (внесудебном) порядке» [Зырянов С.М., Лебедева Е.А., Спектор Е.И., Гармаева М.А., 2011: 28]. Представляется, что такая необходимость отсутствует. Право на подачу жалобы вышестоящему в порядке подчиненности должностному лицу предусматривается и Конституцией РФ, и отраслевыми нормативными актами. Что касается необходимости сохранить за спорящими сторонами право на обращение в суд после применения процедуры досудебного урегулирования, то нужно понимать, что эта возможность должна сохраняться в случае недостижения внесудебного консенсуса. Заключив во внесудебном порядке соглашение о примирении, нужно обеспечить устойчивость и исполнимость этого акта — т.е. сделать все, чтобы спорное правоотношение прекратилось навсегда и до суда ни в том, ни в ином виде не дошло. Если результаты любого внесудебного урегулирования не будут препятствовать обращению с тождественным требованием в суд, то смысл в их использовании невелик.

Что касается другого предложения — ввести практику применения органами публичной власти и должностными лицами медиации и иных примирительных процедур в отношениях с гражданами [Сухова Н.В., Сухов И.В., 2019: 31], — то в нем есть риск нивелирования основных принципов государственного устройства и управления. Партнерские отношения государства и отдельного гражданина не просто недостижимы, а недопустимы, поскольку в основе публичного права лежит общественный, общий для всех интерес, и взаимодействие власти и конкретного лица — это прямой путь к коррупции.

Во-вторых, досудебное урегулирование конфликта может осуществляться при использовании любой из описанных выше форм: переговоров, ос-

ложненных переговоров (при участии посредника или медиатора). Что касается онлайн-урегулирования, то в п. 13 Постановления № 18 указано: направление обращения с использованием информационно-телекоммуникационной сети (например, по адресу электронной почты, в социальных сетях и мессенджерах) свидетельствует о соблюдении досудебного порядка урегулирования спора исключительно в случае, если такой порядок установлен нормативным правовым актом, явно и недвусмысленно предусмотрен в договоре либо данный способ переписки является обычной сложившейся деловой практикой между сторонами и ранее обмен корреспонденцией осуществлялся в том числе таким образом. При разрешении вопроса о том, имел ли место факт направления обращения с использованием информационно-телекоммуникационной сети, допустимыми доказательствами будут являться, в том числе сделанные и заверенные лицами, участвующими в деле, распечатки материалов, размещенных в такой сети (скриншот), с указанием адреса интернет-страницы, с которой сделана распечатка, а также точного времени ее получения.

Соблюдение обязательного досудебного примирения по гражданским делам — это обязанность истца, т.е. правообладателя. Если заявление о возбуждении гражданского дела в интересах гражданина предъявлено прокурором (в порядке ст. 45 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ)) или уполномоченным органом публичной власти, должностным лицом (в порядке ст. 46 ГПК РФ), то оно не может быть возвращено на основании несоблюдения досудебного порядка урегулирования спора (п. 5 Постановления). Однако если прокурором возбуждается дело, стороной которого является государство (по ст. 52 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ)), то соблюдение предусмотренного законом или договором досудебного урегулирования является обязательным.

Существенное значение имеет еще один аспект рассматриваемого вопроса. Поскольку обязательное досудебное (претензионное) урегулирование спора в настоящий период предусмотрено не по всем категориям гражданских дел, а только в случаях, прямо закрепленных в законе (гражданское судопроизводство), а также в предусмотренных законом или договором случаях (арбитражное судопроизводство), то очень важно, чтобы суд учитывал это при решении вопроса о принятии искового заявления. Ученые-процессуалисты советского периода отмечали, что обязательное досудебное урегулирование спора «применяется только к тем случаям, когда нормативными актами действительно определен предварительный порядок разрешения спора. Здесь недопустимо расширительное толкование»⁶. Поэтому суд об-

⁶ Научно-практический комментарий к ГПК РСФСР / под ред. Р.Ф. Каллистратовой, Л.Ф. Лесницкой, В.К. Пучинского. М.: Юрид. лит., 1976. С. 188.

щей юрисдикции не вправе возвратить исковое заявление гражданину, если досудебное урегулирование предусмотрено договором, из которого возник спор, поскольку в соответствии с положением ч. 4 ст. 3 ГПК РФ заявление подается в суд после соблюдения претензионного или иного досудебного порядка урегулирования спора, если это предусмотрено федеральным законом для данной категории споров.

Наконец, важнейшим аспектом рассматриваемого вопроса является порядок или процедура досудебного урегулирования спора. Позиция Пленума Верховного Суда РФ однозначна: она не должна быть формальной и выражаться лишь в направлении одной стороной своему контрагенту письма с указанием претензий (п. 4 Постановления № 18). При этом должный порядок досудебного урегулирования процессуальным законодательством никак не регламентирован.

В п. 19 Постановления указано, что досудебный порядок урегулирования спора в виде примирительной процедуры (например, переговоров, медиации) считается соблюденным в случае представления истцом документов, подтверждающих использование соответствующей процедуры спорящими сторонами. Такими документами в том числе являются протокол разногласий, соглашение сторон о прекращении процедуры медиации без достижения согласия по имеющимся разногласиям, заявление об отказе от продолжения процедуры медиации. Рассуждая по аналогии, можно заключить, что для подтверждения надлежащего соблюдения досудебного порядка урегулирования спора к исковому заявлению должны быть приложены документы, подтверждающие проведение переговоров (протокол разногласий, деловая переписка и т.д.) или примирительных процедур.

Однако неясно, каким образом истец может подтвердить факт соблюдения им досудебного порядка урегулирования, если противоположная сторона правового конфликта не идет на контакт, на письма и просьбы о встрече не отвечает. С одной стороны, как уже было сказано, процедура урегулирования не должна быть простой формальностью, с другой — как ее соблюсти в отсутствие реакции контрагента?

Отдельно следует остановиться на проблеме подтверждения проведенного онлайн-урегулирования споров. Поскольку данная форма урегулирования осуществляется при помощи информационно-коммуникационных средств сети «Интернет», то предоставление доказательств ее проведения может быть затруднительным или даже невозможным: информация на сайте может быть удалена, недоступна, сам сайт может быть удален. Кроме того, технически грамотные правоприменители могут фальсифицировать соответствующие данные. Поэтому предлагается закрепить нотариальную форму удостоверения документов, подтверждающих досудебное онлайн-урегулирование спора.

Заключение

В теории цивилистического процесса существуют два самостоятельных, независимых понятия: «защита права» и «урегулирование правового конфликта». Защита нарушенного или оспоренного права, законного интереса осуществляется специальными, уполномоченными субъектами, которые названы в ст. 11 ГК РФ: это суд, арбитражный суд, третейский суд. «Система защиты нарушенного права» представляет собой действия указанных субъектов и участников судопроизводства (государственного или третейского), объединенные общей целью — рассмотрение и разрешение правового конфликта. В рамках защиты нарушенного права уполномоченный субъект определяет истинного правообладателя, нарушителя его права и круг действий, которые предписано совершить в целях восстановления правового состояния спорящих лиц.

«Урегулирование правового конфликта» является не просто отдельным правовым институтом межотраслевого характера, но противостоит системе защиты права, поскольку при условии достижения соглашения о примирении спорное материальное правоотношение прекращает свое существование и заменяется другим гражданско-правовым отношением. Учитывая то, что гражданские правоотношения — это, практически, все правовые отношения, за исключением уголовных, урегулирование правовых конфликтов распространяется как на частноправовую, так и публично-правовую сферы. Коренное, основополагающее отличие системы защиты права от внесудебного урегулирования заключается в том, что защита права всегда предполагает если не полное публично-правовое регулирование (деятельность системы государственных судов), то частичное (деятельность третейских судов), тогда как урегулирование правового конфликта — это всегда область частного права.

На сегодняшний день можно говорить о двух видах урегулирования гражданско-правовых конфликтов: судебном (в форме проведения судебной примирительной процедуры) и внесудебном (в формах непосредственных переговоров спорящих сторон, опосредованных переговоров с участием посредника, медиации и онлайн-урегулирования). При этом судебная примирительная процедура является частью государственного судопроизводства и выступать в качестве альтернативы судебного способа защиты права не может, как не может способствовать снижению нагрузки на судебную систему.

Внесудебное примирение в условиях его современного правового регулирования вне зависимости от формы его осуществления лишено важнейшего свойства, позволяющего позиционировать его в качестве альтернативы государственного судопроизводства — возможности принудительного ис-

полнения. Результатом использования любой внесудебной примирительной процедуры является частноправовое соглашение спорящих сторон.

Досудебное урегулирование спора — это разновидность гражданско-правовой деятельности, вид внесудебного правового урегулирования. Оно не охватывается рамками государственного судопроизводства и, по сути, является внесудебным урегулированием спора. При этом нормы действующего процессуального законодательства требуют в ряде случаев соблюдения этой частноправовой процедуры, но не регулируют ее (поскольку внесудебное урегулирование не входит в судопроизводство).

Порядок (процедура) досудебного урегулирования спора законодательно не урегулирован. Фактически стороны самостоятельно определяют, каким образом и в какой форме будут предпринимать усилия по достижению компромисса. Ряд важных практических аспектов досудебного урегулирования осящен в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ. Однако требуется дополнительная научная разработка принципов досудебного урегулирования, надлежащей его процедуры и закрепления результатов.



Список источников

1. Алексеев А.С. К учению о юридической природе государства и государственной власти. М.: Типо-литография Высочайше утвержд. Т-ва И.Н. Кушнерев и К., 1895. 35 с.
2. Большова А.К. Состояние и перспективы сокращения нагрузки на судей // Журнал российского права. 2010. № 10. С. 86–91.
3. Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. Выпуск 1. Введение и общая часть. СПб.: Издание Юридического книжного магазина Н.К. Мартынова, 1894. 174 с.
4. Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М.: Зерцало, 2003. 464 с.
5. Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву: историко-догматическое рассуждение. М.: Типография В. Готье, 1856. 114 с.
6. Гукасян Р.Е. Избранные труды по гражданскому процессу. М.: Проспект, 2008. 480 с.
7. Зырянов С.М., Лебедева Е.А., Спектор Е.И., Гармаева М.А. Досудебное урегулирование споров в публичном праве // Журнал российского права. 2011. № 11. С. 21–33.
8. Клейн Н.И. О развитии арбитражного процессуального законодательства // Журнал российского права. 2010. № 4. С. 5–20.
9. Князев Д.В. Досудебное урегулирование спора в арбитражном процессе в контексте примирительных и иных досудебных процедур в зарубежных юрисдикциях // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 6. С. 73–79.
10. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 430 с.

11. Милохова А.В. Развитие альтернативных процедур урегулирования споров: медиация, судебное примирение, судебное посредничество // Вестник РГГУ. Серия «Экономика. Управление. Право». 2013. № 19 (20). С. 116–122.
12. Неведьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. М.: Типография Императорского Московского Университета, 1908. 404 с.
13. Сухова Н.В., Сухов И.В. Современные тенденции развития примирительных процедур: российский и сравнительный контексты // Научный вестник Омской академии МВД России. 2019. № 1 (72). С. 28–34.
14. Федорова Л.В. Применение медиативных процедур в спорах с участием государственных органов // Возникновение гражданских и семейных прав и их защита: традиционные и новые подходы: сб. науч. тр. / отв. ред. д.ю.н., проф. С.С. Занковской. М.: ПЛАНЕТА, 2021. С. 331–337.
15. Фильченко Д.Г. Об отдельных последствиях стимулирования субъектов спорных отношений к использованию внесудебных процедур урегулирования или разрешения споров / Возникновение гражданских и семейных прав и их защита: традиционные и новые подходы: сб. науч. тр. М.: ПЛАНЕТА, 2021. С. 320–325.



References

1. Alekseev A.S. (1895) *On the theory of the legal nature of state and state power*. Moscow: Kushnerev i K., 35 p. (in Russ.)
2. Bol'shova A.K. (2010) The reality and perspectives of reducing workload on judges. *Zhurnal rossiiskogo prava=Russian law journal*, no 10, pp. 86–91 (in Russ.)
3. Fedorova L.V. (2021) Applying mediating procedure in disputes involving state bodies. *Emerging Civil and Family Rights and its Protection: Traditional and New Approaches*. S.S. Zankovskii (ed.). Moscow: PLANETA, pp. 331–337 (in Russ.)
4. Fil'chenko D.G. On the consequences of stimulating subjects of disputable relations. *Emerging Civil and Family Rights and its Protection: Traditional and New Approaches*, pp. 320–325 (in Russ.)
5. Gukasyan R.E. (2008) *Selective works on civil law process*. Moscow: Prospekt, 480 p. (in Russ.)
6. Klein N.I. (2010) On the development of arbitration legislation. *Zhurnal rossiiskogo prava=Russian law journal*, no 4, pp. 5–20 (in Russ.)
7. Knyazev D.V. (2017) Prejudicial dispute resolution in arbitration in the context of reconciliation and other prejudicial procedures. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya=Journal of foreign legislation and comparative law*, no 6, pp. 73–79 (in Russ.)
8. Korkunov N.M. (2003) *Lectures on the general theory of law*. Saint Petersburg. Yuridicheskii tsentr Press, 430 p. (in Russ.)
9. Milokhova A.V. (2013) The development of the alternative procedures of settling disputes. *Vestnik RGGU. Seriya «Ekonomika. Upravlenie. Pravo»=RGGU Review. Series "Economy.Administration.Pravo"*, no 19 (20), pp. 116–122 (in Russ.)
10. Nefed'ev E.A. (1908) *The textbook of Russian civil procedure*. Moscow, Tipografiya Imperatorskogo Moskovskogo Universiteta, 404 p. (in Russ.)
11. Sukhova N.V., Sukhov I.V. (2019) The modern tendencies of the development of reconciliation procedure: Russian and comparative contexts. *Nauchnyi vestnik Omskoi akademii MVD Rossii=Scientific bulletin of Omsk Academy of Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation*, no 1 (72), p. 28–34 (in Russ.)

12. Vas'kovskiy E.V. (1894) A textbook of civil law. *Common part*. Saint Petersburg, Izdanie Yuridicheskogo knizhnogo magazina N.K. Martynova, 174 p. (in Russ.)
13. Vas'kovskiy E.V. (2003) A textbook of civil process. Moscow: Zertsalo, 464 p. (in Russ.)
14. Vitsyn A.I. (1856) *Arbitration court under Russian law. An essay*. Moscow, Tipografiya V. Got'e, 114 p. (in Russ.)
15. Zyryanov S.M., Lebedeva E.A., Spektor E.I., Garmaeva M.A. (2011) Prejudicial dispute resolution in public law. *Zhurnal rossiiskogo prava=Journal of Russian Law*, no 11, pp. 21–33 (in Russ.)

Информация об авторе:

Е.В. Михайлова — ведущий научный сотрудник, доктор юридических наук, доцент.

Information about the author:

E.V. Mikhailova — Doctor of Science (Law), Leading Researcher, Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 11.09.2021; одобрена после рецензирования 18.11.2021; принята к публикации 17.01.2022.

The article was submitted 11.09.2021; approved after review 18.11.2021; accepted for publication 17.01.2022.

Научная статья

УДК 347

DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.96.114

Особенность договора страхования в качестве непоименованного способа обеспечения исполнения обязательств по российскому праву



Максим Геннадьевич Степин

Институт государства и права Российской академии наук, 119019 Россия, Москва, ул. Знаменка, 10, Stepin911@list.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6717-6620>



Аннотация

В статье рассматривается страхование как способ обеспечения исполнения обязательств по праву России. Автор исследует классификации обеспечительных конструкций, сравнивает точки зрения различных ученых, используя при этом системный и функциональный методы толкования правовых норм. В дальнейшем это помогает раскрыть потенциал использования страхования в качестве обеспечительной конструкции основного обязательства. Договор страхования может выступать в качестве непоименованного способа обеспечения основного обязательства, соответствуя признакам акцессорности (системности), которые сформулированы законодателем в ст. 329 ГК РФ. Автор обращает внимание на то, что в документах, которые действовали до принятия современного Гражданского кодекса Российской Федерации, указание на признаки акцессорности в законодательстве предусмотрено не было. В статье доказывается, что акцессорность, выступающая в качестве системного метода, может применяться только к непоименованным способам обеспечения исполнения обязательств, а также аргументируется использование законодательных признаков акцессорности, указанных в статье 329 ГК РФ (прекращении, связанности, недействительности), которым должен соответствовать непоименованный способ обеспечения обязательства. Применение акцессорности ко всем поименованным способам обеспечения исполнения обязательств невозможно, так как все семь поименованных способов обеспечения исполнения обязательств (неустойка, поручительство, задаток, обеспечительный платеж, независимая гарантия, удержание, залог) нельзя све-

сти к единым признакам, а это противоречит принципу системности. В статье делается вывод о возможности использования договора страхования в качестве способа обеспечения исполнения обязательства. Также автор учитывает, что договор страхования имеет определенные особенности, которые имманентно присущи этому обязательству. Это выражается в обязательном наличии конкретных рисков, от которых осуществляется страхование. Вследствие этого вводится новое понятие — условная акцессорность. Страхование в качестве условно-акцессорного способа обеспечения исполнения обязательств используется для обеспечения исполнения обязательств не от всех существующих рисков неисполнения (ненадлежащего исполнения), а только от тех, которые указаны в договоре страхования.



Ключевые слова

страхование, акцессорность, поименованные способы обеспечения, непоименованные способы обеспечения, системный (акцессорный) метод, функциональный (целевой) метод, классификация способов обеспечения исполнения обязательств, признаки акцессорности

Для цитирования: Степин М.Г. Особенность договора страхования в качестве непоименованного способа обеспечения исполнения обязательств по российскому праву // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 1. С. 96–114. DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.96.114.

Research article

The Peculiarity of the Insurance Contract as an Unnamed Way of Ensuring the Fulfillment of Obligations in Russian Law



Maksim G. Stepin

Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, 10 Znamenka, Moscow, 119019 Russia, Stepin911@list.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6717-6620>



Abstract

The article examines insurance as a way to ensure the fulfillment of obligations under Russian law. The author explores the classification of security structures, different points of view of scientists are compared, using the system and functional methods of interpretation of legal norms, which further helps to unlock the potential of using insurance as a security structure of the main obligation. An insurance contract can act as an unnamed way of securing the main obligation, corresponding to the signs of accessory (system), which are formulated by the legislator in Article 329 of the Civil Code of the Russian Federation. However, the author draws attention to the fact that in the past, in such documents that were in force before the adoption of the modern Civil Code of Russia, there was no indication of signs of accessory in the legislation. The article proves that accessory, (system) acting as a system method can only be applied to unnamed ways of ensuring the fulfillment of obligations, and also the use of such legislative signs of accessory specified in Article 329 of the Civil Code of the

Russian Federation (termination, connectedness, invalidity), which must correspond to the unnamed method of securing the obligation, is argued. It is not possible to apply accessorism to all named obligations, since all seven named ways of ensuring performance of obligations (forfeit, surety, deposit, security payment, independent guarantee, retention, pledge) cannot be reduced to a single feature, and this contradicts the principle of consistency. The article concludes that it is possible to use an insurance contract as a method of securing the performance of an obligation. The author also takes into account the fact that the insurance contract has certain features that are inherent in this obligation, which is expressed in the mandatory presence of specific risks from which insurance is carried out. As a result, a new concept is introduced-conditional accessory. A conditional-accessory method of securing the performance of obligations is an insurance contract that is concluded as a method of securing the performance of obligations not against all existing risks of non-performance (improper performance), but only against those specified in the insurance contract.

Keywords

insurance, accessory, named way of security obligations, unnamed way of securing obligations, system (accessory) method, functional (target) method, classification of ways to ensure the performance of obligations, signs of accessory

For citation: Stepin M. G. (2022) The Peculiarity of the Insurance Contract as an Unnamed Way of Ensuring the Fulfillment of Obligations in Russian Law. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 1, pp. 96–114 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.1.96.114.

Введение

В настоящее время почти не исследован вопрос о критериях отнесения к способам обеспечения исполнения обязательств непоименованных способов в контексте юридической зависимости дополнительного обязательства от основного. Неразрешенность этой проблемы приводит к тому, что в юридической практике и доктрине отсутствует понимание того, может ли та или иная конструкция, не указанная в ст. 329 Гражданского кодекса Российской Федерации¹ (далее — ГК РФ) (не запрещенная законом, но определенная в договоре), быть способом обеспечения исполнения основного обязательства. Возможность использования договора страхования в качестве обеспечительной конструкции до сих пор носит дискуссионный характер как в доктрине, так и в судебной практике. В данной работе мы попытаемся применить методологию, основанную на системном и функциональном подходах, которая сможет внести определенность в понимание обеспечительных конструкций, в том числе и договора страхования.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

1. Признаки поименованных и непоименованных способов обеспечения исполнения обязательств

Среди современных ученых сложилась концепция отнесения к способам обеспечения исполнения обязательств, основанная на понятии акцессорности (от лат. *Accessio* — прибавление, придаток, принадлежность) [Гринь О.С., 2018: 221]. Данная концепция во многом определяет критерии отнесения той или иной потенциальной формы обеспечения исполнения обязательства к возможности существования дополнительного обязательства в качестве, обеспечивающем основное. Однако теоретическая догма в виде акцессорности в том виде, в котором она представлена в науке, не может качественно выступать критерием разграничения непоименованных обеспечительных конструкций. В данной статье мы попытаемся раскрыть критерии акцессорности в отношении договора страхования и показать недостатки, которые можно исправить определенными доктринальными уточнениями.

Необходимость выделения общих признаков в обеспечительных конструкциях приобрела актуальность с того момента, когда перечень способов обеспечения исполнения обязательств стал открытым. Это произошло с принятием нового ГК РФ в 1994 году. Тогда появилась возможность включать в договор формы обеспечения, которые не указаны в законе (непоименованные способы обеспечения исполнения обязательств, например, страхование, обеспечительная уступка при факторинге и пр.), которые могут обеспечить исполнение основного обязательства. Такая мера законодателя, как возможность использовать непоименованные способы обеспечения, направленная на увеличение диспозитивной составляющей в гражданских правоотношениях, повлекла за собой создание теоретической базы, которая смогла бы определить основные признаки способов обеспечения исполнения обязательств. Основой для построения теоретической базы явилось описание признаков законодателем, которые вытекают из пп. 2, 3, 4 ст. 329 ГК РФ и выражаются в следующем: недействительность соглашения об обеспечении не влечет недействительности основного обязательства; при недействительности соглашения, из которого возникло основное обязательство, обеспеченными считаются связанные с последствиями такой недействительности обязанности по возврату имущества, полученного по основному обязательству; прекращение основного обязательства влечет прекращение обеспечивающего обязательства, если иное не предусмотрено законом или договором.

Исходя из этих признаков, которые говорят о взаимоотношениях основного обязательства и дополнительного (обеспечительного), в доктрине и сложилось понятие акцессорности. Формат данной работы не позволя-

ет провести тест поименованных способов обеспечения обязательств (неустойка, задаток, независимая гарантия и пр.) по данным признакам. Но осознание того, что независимая гарантия не соответствует данным признакам, но в то же время является поименованным способом обеспечения обязательств, говорит о том, что данные признаки формулировались по другим основаниям, нежели происходило историческое развитие поименованных способов обеспечения исполнения обязательств. На наш взгляд, было бы логичным, что обеспечительным признакам (акцессорности) должны соответствовать только непоименованные способы исполнения обязательств. Это связано с тем, что развитие обеспечительных конструкций длится с римских времен, и за это время выработались определенные традиции² по каждому поименованному способу обеспечения, которые почти невозможно свести к общему основанию. В соответствующих параграфах ГК РФ дается характеристика каждого поименованного способа обеспечения обязательства, которые могут обеспечить основное обязательство с разных сторон, т.е. имеют различные цели обеспечения. Поэтому при определении признаков поименованных и непоименованных способов обеспечения исполнения обязательств имеет смысл использовать функциональный (целевой), а не системный (акцессорный) подход. Невозможность четкой классификации способов обеспечения исполнения обязательств нашла отражение в юридической литературе.

Об отсутствии общих черт у разных способов обеспечения исполнения обязательств писал В.А. Белов: «Способы обеспечения исполнения обязательств являются с юридической точки зрения понятием неоднородным. Они не имеют общей для всех родовой юридической категории, что, между прочим, весьма затрудняет простое сравнение друг с другом... Отнесение того или иного правового средства к числу способов обеспечения исполнения обязательств говорит только о том, что оно выполняет определенную экономическую функцию — обеспечительную» [Белов В.А., 2018: 82–84]. Р.С. Бевзенко рассуждает в том же ключе: «Как показывает опыт применения судами норм, сосредоточенных в ст. 329 ГК РФ, а также предпринятые за последние два десятилетия попытки научного осмысления способов обеспечения обязательств именно как системы, в действительности подлинных общих правил о способах обеспечения обязательств очень и очень немного» [Бевзенко Р.С., 2017: 6–7].

² О традиционном делении пишут в своей работе М.И. Брагинский и В.В. Витрянский: «Наряду с традиционными способами обеспечения обязательств, которые всегда существовали в гражданском законодательстве, а именно: неустойка, поручительство, задаток, залог, — ГК включает в себя два новых (по сравнению с ГК 1964 г.) способа обеспечения обязательств, которые ранее не были известны нашему законодательству. Речь идет о банковской гарантии и удержании имущества должника» [Брагинский М.И., Витрянский В.В., 1999: 479].

Исходя из общего понимания способов обеспечения исполнения обязательств, мы приходим к выводу, что поименованные способы имеют в своей структуре разную правовую основу (например: неустойка или удержание могут быть как указаны в договоре, так и нет; а вот поручительство является дополнительным соглашением в рамках основного обязательства). Непоименованные способы обеспечения исполнения обязательств можно использовать в качестве оных только по соглашению сторон, поэтому в данном случае можно предположить, что акцессорность, а именно, ее признаки, указанные в пп. 2, 3, 4 ст. 329 ГК, должны применяться к непоименованным способам обеспечения обязательств. При использовании системного подхода в определении непоименованных способов обеспечения исполнения обязательств начинает вырисовываться четкость юридического толкования норм права.

Если использовать функциональное (целевое) толкование, то оно может применяться и к поименованным, и к непоименованным способам обеспечения исполнения обязательств. Однако при использовании системного подхода получается, что признак акцессорности применим только к непоименованным способам обеспечения исполнения обязательств. В этом и заключаются основные юридические противоречия в ст. 329 ГК РФ.

2. Классификация способов обеспечения исполнения обязательств при функциональном подходе

Под функциональным (целевым) подходом толкования способов обеспечения обязательства понимается наличие определенных мер целевой направленности, т.е. каждый способ обеспечения исполнения обязательств несет в себе конкретную целевую функцию, независимую от других способов обеспечения исполнения обязательств. Рассмотрим системы классификации при функциональном и системном подходах. Так, с помощью функционального (целевого) подхода существуют следующие классификации способов обеспечения исполнения обязательств.

Б.М. Гонгало определяет способы обеспечения исполнения обязательств как искусственные (изобретаемые) приемы (средства), что выражается в отсутствии органической связи данных приемов с материальным содержанием обеспечиваемых обязательств. Он разделяет способы обеспечения исполнения обязательств следующим образом.

Способы, обеспечивающие исполнение обязательств, т.е. выполняющие обеспечительную функцию, которая имеет непосредственную цель в стимулировании должника к исполнению обязательства путем создания условий, повышающих вероятность исполнения обязательства (неустойка, задаток);

Способы обеспечения исполнения обязательств, направленные на защиту имущественных (денежных) интересов кредитора в случае неисправности

должника (поручительство, банковская гарантия (независимая гарантия)) — «уплата денег поручителем, гарантом есть только суррогат исполнения»;

Способы обеспечения исполнения обязательств, направленные на стимулирование должника к надлежащему исполнению обязанностей, а при их нарушении — на защиту интересов кредитора (залог, удержание имущества должника, обеспечительный платеж) [Гонгало Б.М., 2002: 9] (обеспечительный платеж добавлен в данную классификацию нами. — авт.). После приведенной классификации профессор делает вывод, что «способами обеспечения обязательств можно считать установленные законом или договором обеспечительные меры имущественного характера, существующие в виде акцессорных обязательств, стимулирующие должника к исполнению обязательства и (или) иным образом гарантирующие защиту имущественного интереса кредитора в случае неисправности должника» [Гонгало Б.М., 2002: 40].

В этом определении заложено противоречие, связанное с соотношением поименованных и непоименованных способов обеспечения обязательств по системному признаку, в частности, исходя из этого определения нельзя включить в число способов обеспечения исполнения обязательства независимую гарантию, которая указана в ст. 329 ГК РФ.

Профессор С.В. Сарбаш, классифицируя способы обеспечения исполнения обязательств, говорит, что «специальные юридические средства, имеющие обеспечительный характер, возникли в праве естественным путем, а не посредством разработки учеными некой теоретической концепции, имеющей стройную логическую систему» [Сарбаш С.В., 2017: 120]. С.В. Сарбаш классифицирует способы обеспечения исполнения обязательств следующим образом: вещные способы, при которых выделяется имущество должника или третьего лица для обеспечения исполнения обязательства (залог, удержание и отчасти обеспечительный платеж в соответствии со ст. 381.2 ГК РФ); личные способы, основаны на привлечении еще одного лица, которое гарантирует исполнение (поручительство, независимая гарантия); способы, оказывающие стимулирующее воздействие, которые больше относятся к гражданско-правовой ответственности (неустойка, задаток).

Профессор, комментируя свою классификацию, указывает, что третья группа способов обеспечения (стимулирующая) «подлинным обеспечением» не является, так как дополнительной гарантии в виде другого имущественного источника, из которого можно было бы удовлетворить требования кредитора, не представляет, а также не дает преимущества перед другими кредиторами. Хотя и С.В. Сарбаш указывает на историческое появление стимулирующей группы (неустойка, задаток), но с таким же правом на историзм можно указать применительно и к первой (вещные способы),

и ко второй (личные способы) группам. Вопрос останется открытым: какая группа появилось раньше, а какая — позже, и группами ли они появлялись?

На наш взгляд, указание на то, что стимулирующая группа не относится к обеспечительным способам ввиду того, что способы, относящиеся к третьей группе, не предоставляют дополнительной гарантии в виде еще одного имущественного источника, является юридически недоказанной и противоречащей ст. 329 ГК РФ и судебной практике. Далее С.В. Сарбаш разделяет поименованные и непоименованные способы обеспечения и делает вывод: «В гражданском праве обеспечительные отношения подчинены принципу свободы договора. Стороны обязательства сами могут предусмотреть такой способ обеспечения, который законом не предусмотрен. Эти непоименованные обеспечительные договоры не должны противоречить императивным нормам гражданского закона, а в остальном стороны свободны в условиях таких договоров» [Сарбаш С.В., 2017: 121]. Однако дальнейшее исследование вопроса об обеспечительных конструкциях у профессора не приводит к целостному пониманию способов обеспечения. В связи с этим не представляется возможным снять противоречия, которые имеют место как внутри одной группы — среди поименованных способов обеспечения (например, неустойка и независимая гарантия), так и между двумя группами (первая — в которую входят способы, неуказанные в законе (непоименованные), вторая — способы, которые указаны в законе (поименованные) (например, договоры страхования и задатка)).

При этом С.В. Сарбаш пытается разделить акцессорность в поименованных способах на относительную и абсолютную: «В самом широком понимании акцессорность могла бы означать, что акцессорное обязательство разделяет юридическую судьбу основного обязательства (абсолютная акцессорность). Однако в действительности эта акцессорность не абсолютна, а относительна. Недействительность основного обязательства не всегда означает полную утрату притязания кредитора к должнику. Определенное право кредитора на действия должника может сохраняться в некоторых случаях и при недействительности основного обязательства» [Сарбаш С.В., 2017: 123]. Введение деления акцессорности без указания на то, к каким способам обеспечения это деление может относиться (к поименованным, к непоименованным или ко всем вместе) приводит к нагромождению понятия акцессорности без раскрытия ее сущности и, как следствие, — к правовой неопределенности.

В.А. Белов считает, что к способам обеспечения исполнения обязательств может относиться любая конструкция, если она может быть использована для достижения хотя бы одной из следующих целей: стимулирующие цели (неустойка, задаток); гарантирующие цели (поручительство, независимая

гарантия, залог имущества третьих лиц); универсальные цели (залог имущества должника, удержание, обеспечительный платеж) [Белов В.А., 2018: 84].

Как видим, классификации В.А. Белова и Б.М. Гонгало во многом совпадают, с той лишь разницей, что В.А. Белов четко придерживается функционального подхода, не пытаясь вживить в него системный, акцессорный подход. Также ученый формулирует общее для всех способов обеспечения исполнения обязательств юридическое качество — «реализация всяких обеспечительных правоотношений приводит к получению и присвоению кредитором полной или частичной замены исполнения — выручки от реализации предмета залога или удержания, суммы неустойки или задатка, платежа по гарантии или поручительству — и, соответственно, к прекращению или изменению обеспеченного обязательства» [Белов В.А., 2018: 83]. С этим тезисом трудно не согласиться, ведь любой поименованный или непоименованный способ обеспечения исполнения обязательства подразумевает, в конечном итоге, получение компенсации за неисполнение основного обязательства. Поэтому с точки зрения функционального подхода классификация В.А. Белова представляется наиболее верной, что отражает общую основу в целевой зависимости всех поименованных и непоименованных способов обеспечения исполнения обязательств.

Важным представляется рассмотреть еще один подход к пониманию обеспечительных конструкций, сформулированный В.В. Кулаковым. Данный подход заключается в том, что ученый сводит основное и дополнительное обязательства в одно обязательство, движимое единой судьбой, т.е. «нет отдельных «основного» и «обеспечительного» обязательств, они на самом деле представляют одно единое обязательство» [Кулаков В.В., 2009: 145]. В обоснование данного подхода ученый приводит аргументы, которые синтезируют в себе акцессорный и функциональный подходы, а именно: «Если судить по содержанию ст. 329 ГК РФ, можно увидеть, что недействительность соглашения об обеспечении не влечет недействительности основного обязательства. Однако это фраза не позволяет говорить об обязательствах, возникающих из таких соглашений как о дополнительных. В ГК РФ речь идет о недействительности соглашения как юридического факта. Из этого можно утверждать, что на основании фактического состава, в данном случае заключения основного договора и обеспечительного договора, возникает одно структурно-сложное обязательство. Если не будет заключен обеспечительный договор, просто не будет осложнения обязательства» [Кулаков В.В., 2009: 146].

Данный тезис наглядно демонстрирует невозможность методологического сведения всех способов обеспечения исполнения обязательств в одно, даже структурно-сложное обязательство. Это объясняется тем, что среди поименованных способов обеспечения существуют такие способы, как неустойка, о которой можно договариваться отдельно, тем самым усложняя основное обязательство дополнительным соглашением, а можно и не дого-

вариваться (законная неустойка). Таким образом, обязательство, по логике ученого, всегда будет сложно-структурированным. Дальнейшие рассуждения автора ведут к отрицанию способов обеспечения, которые не вписываются в картину структурно-сложного обязательства, например, банковская гарантия (независимая гарантия) [Кулаков В.В., 2009: 149]. Подводя общий итог своим исследованиям, В.В. Кулаков констатирует: «Анализ норм обязательственного права позволяет утверждать, что обеспечение исполнения обязательств не порождает какого-либо пусть дополнительного, но отдельного обязательства» [Кулаков В.В., 2009: 150]. Данный вывод не находит стыковок с непоименованными способами обеспечения исполнения обязательств, которые указаны в законе, например страхование³.

Подводя итог рассмотрению классификаций способов обеспечения исполнения обязательств, мы не находим методологически верного пути, который раскрывал бы все общие признаки при функциональном подходе. Почти все ученые (за исключением В.А. Белова) пытались в той или иной форме соединить функциональный (целевой) и системный (акцессорный) подходы. В результате несформулированной методики отнесения к системному (акцессорному) толкованию поименованных способов обеспечения возникают толкования, не признающие традиционных способов обеспечения исполнения обязательств, что является некорректным отражением действительности как в юридической практике, так в юридической доктрине.

В проанализированных выше классификациях не нашли места некоторые поименованные способы обеспечения исполнения обязательств (С.В. Сарбаш — неустойка, задаток; Б.М. Гонгало — независимая гарантия; В.В. Кулаков — независимая гарантия).

Вывод из всего сказанного выше можно формулировать следующий: смешение акцессорного и функционального подходов в определении способов обеспечения исполнения обязательств не ведет к сущностному их пониманию, а только вносит еще больше противоречий.

3. Признаки способов обеспечения исполнения обязательств при системном (акцессорном) подходе

Попробуем рассмотреть классификацию по системному (акцессорному) подходу. Как было указано выше, в пп. 2, 3, 4 ст. 329 ГК РФ указаны сле-

³ В виде примера можно сослаться, напр., на ст. 7 Федерального закона от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)», в соответствии с которым «кредитор в целях обеспечения исполнения обязательств по договору вправе потребовать от заемщика застраховать за свой счет от рисков утраты и повреждения заложенное имущество на сумму, не превышающую размера обеспеченного залогом требования, а также застраховать иной страховой интерес заемщика».

дующие признаки акцессорности: недействительность соглашения об обеспечении не влечет недействительности основного обязательства (далее — признак недействительности); при недействительности соглашения, из которого возникло основное обязательство, обеспеченными считаются связанные с последствиями такой недействительности обязанности по возврату имущества, полученного по основному обязательству (далее — признак связанности); прекращение основного обязательства влечет прекращение обеспечивающего, если иное не предусмотрено законом или договором (далее — признак прекращения).

Указанные выше признаки акцессорности, по нашему мнению, должны использоваться только для определения непоименованных способов обеспечения исполнения обязательств, которые разрешены п. 1 ст. 329 ГК РФ. Использование этих признаков полностью отражается в системном подходе к толкованию нормы права, которая носит диспозитивный характер. Однако следует обратить внимание на признак связанности, т.е. недействительность основного обязательства не должна приводить к недействительности обеспечиваемого. Этот пункт, по нашему мнению, законодатель специально включил для того, чтобы было разграничение способов обеспечения обязательств от прав, которые имеет кредитор в случае неисполнения обязанности должником, например, возмещение убытков. По своей сути, признаков законодательного регулирования акцессорности два — недействительность и прекращение. Дополнительное обязательство, которое претендует на определение в качестве непоименованного способа обеспечения исполнения обязательства, должно соответствовать этим двум критериям акцессорности (недействительность и прекращение).

Помимо законодательно обозначенных двух признаков акцессорности в доктрине разработаны и расширенные модели, которые предусматривают пять признаков акцессорности. Р.С. Бевзенко, ссылаясь на западных юристов, формулирует пять признаков акцессорности [Бевзенко Р.С., 2013: 9–29]: акцессорность возникновения. Для возникновения акцессорности необходим долг. «Нет долга — нет обеспечения» [Бевзенко Р.С., 2017: 56]; акцессорность объема требования означает, что объем акцессорного требования определяется по объему основного требования; акцессорность следования за главным требованием. Суть данного признака подразумевает обязательное совпадение кредитора по обеспечиваемому требованию и лица, имеющего право требовать реализации обеспечения. Цель такого требования устанавливается для исключения двойного платежа: сначала в пользу кредитора, а потом — в пользу держателя обеспечения; акцессорность прекращения означает, что прекращение основного обязательства влечет за собой прекращение акцессорного обязательства; акцессорность осуществления обеспечительных прав. Суть данного принципа состоит в том, что

обеспечителю предоставляется право ссылаться на те же возражения против требования кредитора, которые имеются против него у должника.

Как видим, два признака, приведенных Р.С. Бевзенко — прекращение и недействительность — совпадают с законными признаками, а остальные — нет. Остальные признаки, указанные ученым — объема, следования, осуществления обеспечительных прав — выведены из поименованных способов обеспечения обязательств. Как мы писали, системный (акцессорный) подход не может быть распространен на поименованные способы обеспечения исполнения обязательств. Р.С. Бевзенко, исследуя западный опыт, вносит дополнительные признаки в акцессорность, помимо тех, которые указаны в ст. 329 ГК РФ, и исключает из способов обеспечения исполнения обязательств неустойку [Бевзенко Р.С., 2017: 7]. Также ученый говорит, что независимая гарантия имеет из пяти признаков акцессорности один — следования, остальные четыре отсутствуют [Бевзенко Р.С., 2017: 15].

Признаки акцессорности не могут распространяться на все поименованные способы обеспечения, использовать их в таком жестком качестве не представляется возможным. В связи с этим сам ученый пишет: «В действительности не бывает полностью акцессорного или полностью неакцессорного обеспечения. Законодатели или судебная практика то ослабляют, то усиливают количество и значение проявлений акцессорности обеспечительных сделок» [Бевзенко Р.С., 2017: 15]. Распространение акцессорности на все способы обеспечения исполнения обязательств (поименованные и непоименованные) говорит о невыработанном методологическом подходе и тем самым нивелирует развитие способов обеспечения в целом, а также приводит к выводам, что «акцессорность — это скорее побочный признак способов обеспечения обязательств и обеспечительной функции обязательств он никак не касается» [Комиссарова Е.Г., Торкин Д.А., 2008: 27]. Если использовать акцессорность так, как «микроскопом забивать гвозди», то, разумеется, вывод правильный: зачем нужны признаки акцессорности, если они не подходят для всех поименованных способов (про непоименованные речи не идет)?

Отсутствие методики использования системного и функционального подходов приводит к тому, что К.А. Новиковым формулируются общие признаки юридических моделей обеспечения: каждая модель (способ), названная в главе 23 ГК РФ, осуществляется в форме обязательства, относительного правоотношения; каждое из юридических средств, перечисленных законодателем в качестве способа обеспечения, характеризуется имущественным, стоимостным содержанием (имеет своим предметом определенное имущественное благо); неустойка, задаток, залог, удержание и поручительство сконструированы как безвозмездные: должник в обеспечительном обязательстве не вправе требовать от кредитора по основному обязательству какое бы то ни было встречное предоставление (п. 2. ст. 423); в случае с поручительством, залогом и удержанием имущественное предоставление

должника представляет собой компенсацию того блага, которое причитается кредитору по какому-то другому основанию, требованию, юридически заещает это другое благо и приводит к удовлетворению интереса в нем; круг требований, в удовлетворение по которым должно быть засчитано исполнение по залогу, удержанию и поручительству, достаточно широк и определяется фактическими обстоятельствами каждого конкретного случая [Новиков К.А., 2012: 182–184].

Из всего ряда признаков К.А. Новиков выделяет два общих: имущественный характер и обязательственно-правовая норма [Новиков К.А., 2012: 185]. После этого ученый делает соответствующий вывод: «Так как в рамках главы 23 ГК размещены средства настолько разнородные, что их объединение именно в едином понятии было бы непродуктивным, то от этих попыток следует и вовсе отказаться: поскольку характеристики того или иного из этих явлений — неустойки (задатка) или банковской гарантии (независимой гарантии. — прим. авт.) — препятствуют тому, чтобы понятие о способах обеспечения выстраивалось, в том числе и на них, то нужно попросту принять, что эти конструкции к способам обеспечения не относятся» [Новиков К.А., 2012: 186]. В качестве поименованных способов обеспечения исполнения обязательств К.А. Новиков выделяет только поручительство, залог и удержание. Следовательно, определение способов обеспечения исполнения обязательств звучит так: «Способ обеспечения исполнения обязательств — это обязательственное отношение, направленное на безвозмездное присвоение имущественного блага должника в счет удовлетворения таких требований его кредитора, которые связаны с нарушением другого (обеспеченного) обязательства и существуют в форме регулятивных или же охранительных правовых отношений наряду с обеспечивающим обязательством» [Новиков К.А., 2012: 187].

Указанное определение сужает систему способов обеспечения исполнения обязательств. Это ведет не к развитию и расширению обеспечительных конструкций, а, наоборот, к остановке и сужению, причем основанием этого сужения является невозможность объединения всех поименованных способов в общем понятии. Более того, аргументы для исключения трех видов поименованных способов обеспечения (задаток, неустойка, банковская (независимая) гарантия) не представлены. Указание на безвозмездность вообще не связано с критериями оценки способов обеспечения ни в одной научной работе, ни в практике. Складывается впечатление, что автор, высказывая такое определение, действовал по принципу, который приписывают великому философу: «Если факты противоречат моей теории — тем хуже для фактов»⁴. Определение способов обеспечения исполнения обязательств, выведенное К.А. Новиковым, также убирает из оборота непоименованные

⁴ Данную цитату обычно приписывают Г.В.Ф. Гегелю, но, к сожалению, точный источник неизвестен.

способы обеспечения исполнения обязательств, что тоже является вольным толкованием нормативных актов.

Отсюда мы можем сделать вывод, что признаки акцессорности, которые доктрина и практика пытаются расширить, не приводят к упорядочению обеспечительных способов, а, наоборот, расшатывают гражданские правоотношения. Основными признаками, по которым способы обеспечения обязательств должны попадать в разряд непоименованных, — это указанные в п. 2, 3, 4 ст. 329 ГК РФ. Это признаки недействительности и прекращения (что касается признака связанности, то данный признак в непоименованных обязательствах будет присутствовать всегда, если стороны заключают соглашение о конкретном способе обеспечения, например, о страховании).

4. Условная акцессорность при страховании как обеспечительной конструкции

Страхование как способ обеспечения исполнения обязательств имеет существенное отличие от многих других непоименованных способов — обеспечительное хранение, товарная неустойка и др. Это связано с тем, что договор страхования имеет свою собственную юридическую природу, т.е. он может быть заключен без основного, обеспечиваемого обязательства. В силу этого, по нашему мнению, законодатель и предусмотрел признаки акцессорности в ст. 329 ГК РФ. Акцессорный или системный подход должен связать основное обеспечиваемое обязательство с дополнительным. Но у дополнительного непоименованного обязательства, имеющего свою юридическую природу⁵, например, страхования, должны обязательно присутствовать признаки законодательной акцессорности.

Если взять страхование в качестве способа обеспечения исполнения обязательства, то, используя, законодательные признаки акцессорности, возможно пройти следующий тест на определение непоименованного способа.

1) Признак недействительности. Недействительный договор страхования никаких последствий для основного обязательства не влечет. Если заключается договор страхования ответственности по договору лизинга (в силу ст. 21 Закона о лизинге⁶, стороны договора могут предусмотреть такое ус-

⁵ Об определении акцессорности в самостоятельных обеспечивающих обязательствах на примере договора репо писали Е.Г Комиссарова и Д.А. Торкин: «...определить наличие акцессорной связи можно, если обеспечение существует в виде самостоятельного обязательства, предусматривающего определенные имущественные последствия. Если отдельного обеспечительного обязательства нет, то вопрос отпадает сам собой» [Комиссарова Е.Г., Торкин Д.А., 2008: 31].

⁶ Федеральный закон от 29.10.1998 N 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)» // СЗ РФ. 1998. № 44. Ст. 5394.

ловие), то недействительность договора страхования не приведет к недействительности договора лизинга, а лизингополучатель будет отвечать своим имуществом перед лизингодателем по общим основаниям.

2) *Признак прекращения.* Данный критерий играет определяющую роль в соответствии договора страхования непоименованному способу обеспечения исполнения обязательства. По спорам, связанным с прекращением дополнительного обязательства (страхования) ввиду прекращения основного обязательства до сих пор нет единой позиции. Так, А.Г. Архипова в своей работе утверждает, что такой признак акцессорности, как прекращение, отсутствует в договоре страхования: «...договор страхования прекращается не из-за того, что прекратилось обеспеченное им обязательство, а из-за того, что перестал существовать застрахованный риск» [Архипова А.Г., 2018: 78–79]. Такого же мнения придерживается в настоящее время и судебная практика, однако позиция судебных органов менялась, что негативно отражается на гражданском обороте.

В 2013 году Верховный суд РФ указал в ст. 4 Обзора судебной практики⁷, что в качестве дополнительного способа обеспечения исполнения кредитного обязательства допускается только добровольное страхование заемщиком риска своей ответственности, и суды стали активно использовать данное разъяснение, признавая страхование в качестве способа обеспечения исполнения обязательства при решении конкретных дел⁸. В 2018 году Верховный суд РФ меняет свою точку зрения и говорит, что договор страхования не является способом обеспечения исполнения обязательства в силу того, что страховщик будет производить страховую выплату не в силу просрочки должником по кредитному обязательству, а в силу произошедшего страхового случая независимо от того, будет ли должником допущено нарушение обязательств по кредитному договору⁹. Однозначной позиции о возможности использования страхования как способа обеспечения исполнения обязательства в судебной практике не прослеживается. Это, в свою очередь, ведет к продолжению дискуссии о том, является ли страхование способом обеспечения исполнения обязательства или нет.

⁷ Обзор судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 22.05.2013 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 9.

⁸ См., напр.: постановление АС Западно-Сибирского округа от 04.05.2018 г. по делу №А03-5383/2017; постановление АС Московского округа от 31.07.2018 г. по делу №А40-183262/2017; постановление АС Западно-Сибирского округа от 05.03.2019 г. по делу №А03-720/2018; постановление АС Уральского округа от 26.02.2019 г. по делу № А76-14038/2018; постановление АС Уральского округа от 24.12.2018 по делу № А76-3951/2018.//СПС КонсультантПлюс

⁹ Подробнее см.: Определение ВС РФ от 13.02.2018 №44-КГ17-22.//СПС КонсультантПлюс

Противоположной точки зрения придерживается С.В. Дедиков. Исследуя страхование в качестве способа обеспечения исполнения обязательств, он приходит к следующему выводу: «Договоры страхования, несомненно, относятся к институтам, способным обеспечить самостоятельные имущественные последствия. По договорам страхования договорной ответственности или финансовых рисков, связанных с нарушением контрагентом страхователя, застрахованного лица или выгодоприобретателя договора, указанные последствия наступают только после неисполнения или ненадлежащего исполнения основного долга» [Дедиков С.В., 2009: 28]. Затем автор продолжает распространять свой тезис и на остальные виды страхования: «В остальных случаях какой-либо проблемы увязать страховую выплату с нарушением основного обязательства тоже не существует» [Дедиков С.В., 2009: 28]. Отсюда можно сделать вывод, что при нарушении основного обязательства, дополнительное срабатывает и прекращается своим исполнением.

Такой же точки зрения придерживается и А.В. Бормотов. Исследуя в своей работе обеспечительную функцию договора страхования, он приходит к следующему заключению: «Обеспечительная функция договора страхования представляет собой воздействие на иное, обеспечиваемое обязательство в качестве способа обеспечения исполнения данного обеспечиваемого обязательства. Указанное воздействие договора страхования основано на обеспечительном интересе страхователя (выгодоприобретателя) как участника главного обязательства. Обеспечительный интерес — это законный интерес кредитора и (или) должника установить гарантию, за счет которой исполняется основное обязательство. Он возникает в силу закона или договора. Договор страхования имущества, договор страхования ответственности за причинение вреда и нарушение договора, договор страхования предпринимательского риска, перестрахование, договор личного страхования, взаимное страхование — это виды страхования, могущие выступать способом обеспечения исполнения обязательств» [Бормотов А.В., 2011: 15–16]. Конечно, и С.В. Дедиков, и А.В. Бормотов не указывают на акцессорность и в части такого ее признака, как прекращение. Безусловно, договор страхования обеспечивает выплату за неисполнение или ненадлежащее исполнение, но с оговоркой, на которую ссылались и А.Г. Архипова, и судебная практика — выплата будет происходить только по тем рискам, которые включены в договор страхования.

Получается, если обязательство не исполнено и договор страхования не сработал, то в соответствии с акцессорностью непоименованных способов договор страхования должен прекратиться. В ситуации, когда прекращение основного обязательства не привело к выплате страхового возмещения в связи с отсутствием тех рисков, по которым прекращение основного обязательства должно быть признано страховым случаем, предлагаем использовать в обороте понятие условной акцессорности.

Условная акцессорность заключается в такой конструкции непоименованного способа обеспечения исполнения обязательства, при которой выплата за неисполнение или ненадлежащее исполнение будет осуществлена не от всех рисков, которые могут гипотетически произойти, а только от тех, которые указаны в соглашении об обеспечении основного обязательства. Возможность указания в дополнительном обязательстве (непоименованном способе обеспечения) условий, при которых данное соглашение действует или прекращает свое действие вслед за основным, раскроет возможности развития страхования как способа обеспечения исполнения обязательства.

Заключение

Система способов обеспечения исполнения обязательств строится на двух основных подходах: функциональном (целевом) и системном (акцессорном). Историческое развитие поименованных способов обеспечения исполнения обязательств выработало свои устоявшиеся признаки каждого способа, которые не могут быть распространены на всю систему. Однако системное толкование в праве является основой развития гражданского оборота, в связи с чем возможное использование непоименованных способов исполнения обязательств должно предусматривать определенный порядок. Этот порядок выражен в категории акцессорности. Акцессорность включает в себя определенные признаки, указанные законодателем в пп. 2, 3, 4 ст. 329 ГК РФ. Логика применения системного (акцессорного) подхода должна быть направлена только на непоименованные способы обеспечения исполнения обязательств. Конечно, и в этом правиле есть свои исключения. Страхование — это непоименованный способ обеспечения обязательств, который имеет самостоятельную юридическую природу. В силу этого страхование обеспечивает основное обязательство только по тем рискам, которые прописаны в договоре страхования, что не отрицает в нем акцессорных признаков, но отходит от них. Страхование в рамках способов обеспечения исполнения обязательств носит условно-акцессорный характер.



Список источников

1. Акинфеева В.В., Степанченко А.В. Способы обеспечения обязательств. М.: Статут, 2020. 86 с.
2. Архипова А.Г. Является ли страхование способом обеспечения обязательств // Вестник экономического правосудия. 2018. № 8. С. 65–87.
3. Бевзенко Р.С. Акцессорность обеспечительных обязательств. М.: Статут, 2013. 96 с.

4. Бевзенко Р.С. Общие положения об обеспечении обязательств: комментарий реформы статьи 329 ГК РФ / О договорах: Сборник статей к юбилею В.В. Витрянского. Сост. С.В. Сарбаш. М.: Статут, 2017. С. 6–18.
5. Бевзенко Р.С. Титульное обеспечение и доктрина акцессорности / Об обеспечении обязательств: Сборник статей к юбилею С.В. Сарбаша. Сост. и отв. ред. А.В. Егоров. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2017. С. 43–69.
6. Белов В.А. Обязательственное право. М: Юрайт, 2018. 425 с.
7. Бормотов А.В. Обеспечительная функция договора страхования в российском гражданском праве: автореф. дис...к.ю.н. Пермь, 2011. 22 с.
8. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. М.: Статут, 1999. 848 с.
9. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М.: Статут, 2002. 222 с.
10. Гринь О.С. Обеспечение исполнения обязательств: новое в законодательстве и развитие судебной практики / Реформа обязательственного права России: проблемы и перспективы / отв. ред. Е.Е. Богданова. М.: Проспект, 2018. С. 219–251.
11. Дедиков С.В. Страхование как способ обеспечения обязательств // Хозяйство и право. 2009. № 7. С. 19–32.
12. Зайцев В.В. Обеспечение исполнения обязательств: история, современность и перспективы развития. М.: Статут, 2021. 396 с.
13. Комиссарова Е.Г., Торкин Д.А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. М.: Аспект Пресс, 2008. 142 с.
14. Кулаков В.В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России. М.: РАП, 2009. 188 с.
15. Новиков К.А. Понятие способа обеспечения исполнения обязательств: дисс. ... к.ю.н. М., 2012. 223 с.
16. Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств. М.: Статут, 2017. 336 с.



References

1. Akinfeeva V.V., Stepanchenko A.V. (2020) Ways of securing obligations: A textbook. Moscow: Statut, 86 p. (in Russ.)
2. Arkhipova A.G (2018) Is insurance a way of securing obligations. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudia Rossiiskoi Federatsii*=*Economic Justice of Russian Federation Review*, no 8, pp. 65–87 (in Russ.)
3. Bevzenko R.S. (2013) *Accessory of security obligations*. Moscow: Statut, 96 p. (in Russ.)
4. Bevzenko R.S. (2017) General provisions on securing obligations: commentary on the reform of Article 329 of the Civil Code of the Russian Federation. In: *On contracts: A collection of articles for the anniversary of V.V. Vitryansky*. Comp. S.V. Sarbash. Moscow: Statut, pp. 6–18 (in Russ.)
5. Bevzenko R.S. (2017) Title assurance and the doctrine of accessory. On securing obligations: A collection of articles for the anniversary of S.V. Sarbash. A.V. Egorov (ed.). Moscow: S.S. Alekseev Research and Development Center under the President of the Russian Federation, pp. 43–69 (in Russ.)
6. Belov V.A. (2018) *Law of obligations: textbook for undergraduate and graduate studies*. Moscow: Yurayt Publishing House, 425 p. (in Russ.)

7. Bormotov A.V. (2011) *The security function of an insurance contract in Russian civil law*. Candidate of Juridical Sciences Summary. Perm, 22 p. (in Russ.)
 8. Braginsky M.I., Vitryansky V.V. (1999) *Contract law. Book One: General provisions*: 2nd edition. Moscow: Statut, 848 p. (in Russ.)
 9. Dedikov S.V. (2009) Insurance as a way of securing obligations. *Khoziaystvo i pravo=Economy and law*, no 7, pp. 19–32 (in Russ.)
 10. Gongalo B.M. (2002) *The doctrine of securing obligations*. Moscow: Statut, 222 p. (in Russ.)
 11. Grin O.S. (2018) Enforcement of obligations: new in legislation and the development of judicial practice. *Reform of the law of obligations of Russia: problems and prospects*. E.E. Bogdanova (ed.). Moscow: Prospect, pp. 219–251 (in Russ.)
 12. Komissarova E.G., Torkin D.A. (2008) *Unnamed ways of securing obligations in civil law*. Moscow: Aspect Press, 142 p. (in Russ.)
 13. Kulakov V.V. (2009) *Obligation and complications of its structure in Russian civil law*. Moscow: RAP, 188 p. (in Russ.)
 14. Novikov K.A. (2012) *The concept of a way to ensure the fulfillment of obligations*. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 223 p. (in Russ.)
 15. Sarbash S.V. (2017) *Elementary dogmatics of obligations: A textbook*. Moscow: Statut, 336 p. (in Russ.)
 16. Zaitsev V.V. (2021) *Enforcement of obligations: history, modernity and development prospects*. Moscow: Statut, 396 p. (in Russ.)
-

Информация об авторе:

М.Г. Степин — соискатель, главный юрисконсульт CAO «ВСК».

Information about the author:

M.G. Stepin — Applicant, General counsel, Insurance Joint Stock Company VSK.

Статья поступила в редакцию 03.09.2020; одобрена после рецензирования 30.03.2021; принята к публикации 22.10.2021.

The article was submitted to the editorial office 03.09.2020; approved after reviewing 30.03.2021; accepted for publication 22.10.2021.

Научная статья

УДК 343

DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.115.139

Уголовный проступок: новые грани российского законодательства



**Борис Яковлевич Гаврилов¹, Виталий Александрович
Крымов², Юлия Викторовна Шпагина³**

^{1, 2, 3} Академия управления МВД России, 125993 Россия, Москва, ул. Зои и Александра Космодемьянских, 8.

¹ profgavrilov@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4762-4729>

² krymov-19@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-1463-6811>

³ iushpagina@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7379-5452>



Аннотация

В контексте реформ современного российского уголовного законодательства одним из ключевых направлений являются вопросы либерализации уголовной ответственности, включая декриминализацию ряда преступлений, снижение уголовно-правовых санкций за отдельные виды противоправных деяний, исключение квалифицированных признаков неоднократности и повторности и ряд др. Особое место в затронутых вопросах занимает введение в российское законодательство уголовного проступка, в связи с чем возникает целый комплекс подлежащих обсуждению и разрешению вопросов, имеющих, в том числе и междисциплинарный характер. В настоящей научной статье авторами с применением научного методологического инструментария раскрыта в теоретико-прикладном аспекте заявленная проблематика и предложены пути ее решения. На примере исторического осмысления делается вывод о том, что российскому уголовному законодательству идея об уголовном проступке не нова и в современной действительности имеются все предпосылки к возвращению его концепции, что подкреплено доводами авторов, а также результатами других научных исследований. Цель исследования состоит в научно-теоретическом обосновании необходимости совершенствования уголовно-правового законодательства, включая выработку законодательных предложений по внесению изменений в уголовное и уголовно-процессуальное законодательство, направленных на защиту прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства, а также на производство по уголовному делу в разумный срок. Методы исследования: диалектический, формально-логический, конкрет-

но-социологический, историко-правовой, статистический, контент-анализ, юридико-технический анализ. Проведенное исследование позволило авторам сформулировать вывод о том, что совершенствование уголовно-правового законодательства видится в контексте дифференциации противоправных деяний на уголовные проступки и преступления и введение в уголовно-процессуальное законодательство для рассматриваемой категории деяний — протокольной формы расследования, что в целом призвано повысить уровень правовой и социальной защищенности как лиц и организаций, пострадавших от преступлений, так и лиц, впервые совершивших противоправные деяния, исправление которых возможно без применения мер уголовной репрессии.



Ключевые слова

уголовный проступок, досудебное уголовное судопроизводство, начало производства по уголовному делу, протокольная форма расследования, гарантии прав личности, защита прав и законных интересов

Для цитирования: Гаврилов Б.Я., Крымов В.А., Шпагина Ю.В. Уголовный проступок: новые грани российского законодательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 1. С. 115–139. DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.115.139.

Research article

Criminal Misconduct: New Facets Of Russian Legislation



Boris Ya. Gavrilov¹, Vitaliy A. Krymov², Yulia V. Shpagina³

^{1,2,3} Academy of Management of the Ministry of Internal Affairs of Russia, 8 Zoi and Alexandre Cosmodemianski, Moscow, 125993 Russia

¹ profgavrilov@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4762-4729>

² krymov-19@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-1463-6811>

³ iushpagina@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7379-5452>



Abstract

In the context of the ongoing reforms of modern Russian criminal law, one of the key areas over the past two decades has been the liberalization of criminal responsibility, including the decriminalization of a number of crimes, the reduction of criminal sanctions for certain types of illegal acts, the exclusion of qualified signs of repetition and a number of others. A special place in the issues raised is occupied by the introduction of criminal misconduct into Russian legislation, in connection with which a whole range of issues to be discussed and resolved, which, among other things, are of an interdisciplinary nature, arises. In this scientific article, the authors, using scientific methodological tools, disclose the stated problem in the theoretical and applied aspect and suggest ways to solve it. Based on the example of historical comprehension, it is concluded that the idea of a criminal offense is not new to Russian criminal legislation, and in modern reality there are all the prerequisites for its return, which is supported by the arguments of the authors, as well as the results of other scientific

studies. The purpose of the study is to provide a scientific and theoretical substantiation of the need to improve the legislation of the criminal legal complex, including the development of legislative proposals for amending criminal and criminal procedural legislation aimed at protecting the rights and legitimate interests of participants in criminal proceedings, as well as criminal proceedings in reasonable time. Research methods: dialectical, formal logical, specific sociological, historical and legal, statistical, content analysis, legal and technical analysis. Results and key findings. The study allowed the authors to form a conclusion that the improvement of the legislation of the criminal legal complex is seen in the context of the differentiation of illegal acts into criminal offenses and crimes and the introduction of criminal procedure legislation for this category of acts — the protocol form of the investigation, which in general is designed to increase the level of legal and social protection of both persons and organizations affected by crimes, and persons who have committed illegal acts for the first time, the correction of which is possible without the use of criminal repression measures.



Keywords

pre-trial criminal proceedings, the beginning of criminal proceedings, criminal misconduct, protocol form of investigation, accelerated pre-trial proceedings, protection of rights and legitimate interests

For citation: Gavrilov B.Ya., Krymov V.A., Shpagina Y.V. (2022) Criminal Misconduct: New Facets of Russian Legislation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 1, pp. 115–139 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.115.139.

Введение

В интервью Российской газете Председатель Верховного Суда Российской Федерации В.М. Лебедев отметил, что важным направлением совершенствования правосудия является гуманизация уголовного судопроизводства, основанием для чего является закрепление в ст. 2 Конституции Российской Федерации обязанности государства в части признания, соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина¹. Реализуя принцип гуманизма, Постановлением от 13 октября 2020 г. Пленум Верховного Суда РФ внес в Государственную Думу проект федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением понятия уголовного проступка»², которым предлагается в категорию уголовного проступка пере-

¹ Российская газета. Глава Верховного суда России Вячеслав Лебедев: Предлагаем внести в закон понятие «уголовный проступок». Available at: URL: <https://rg.ru/2020/10/13/glava-verhovnogo-suda-predlaguem-vnesti-v-zakon-poniatie-ugolovnyj-prostupok.html> (дата обращения: 30.03.2021)

² О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением понятия

вести 112 составов преступлений, по которым в 2019 г. осуждено 68,1 тыс. граждан, из них — 49,6 тыс. граждан по составам преступлений в сфере экономической деятельности.

Актуальность данной проблематики обусловила активное обсуждение в научной среде и правоприменителями ряда вопросов, в том числе:

рассмотрение предложений представителей научной общественности [Воскобитова Л.А., 2017: 28–34] и правоприменителей [Гордиенко В.В., 2011: 3–5] об исключении из административного законодательства (Кодекса об административных правонарушениях РФ) деяний, являющихся по степени общественной опасности на «границе» административного правонарушения и преступления;

снижение уровня уголовной репрессии;

исключение из ч. 2 ст. 14 УК РФ такого понятия, как малозначительность деяния, не представляющего общественной опасности. Его наличие допускает возможность ежегодного принятия по заявлениям и сообщениям граждан и организаций о преступлениях от 6 до 7 млн. процессуальных решений об отказе в возбуждении уголовного дела, чем нарушается конституционное право значительного числа граждан на их доступ к правосудию и возмещение причиненного ущерба (ст. 52 Конституции РФ);

упрощение процессуальных правил расследования по данному виду противоправных деяний с концептуальным изменением начала производства по уголовному делу при обязательном соблюдении уровня процессуальных гарантий прав и законных интересов всех участников уголовного процесса, что призвано снизить процессуальную нагрузку на органы расследования и суды, а также обеспечить экономию средств федерального бюджета на данный вид процессуальной деятельности, что в современных реалиях весьма актуально.

1. Дискурс в теоретико-правовую составляющую проблемы

Прежде чем дать анализ приведенных выше аргументов за введение (если быть точнее, то за возвращение) в российское уголовное законодательство уголовного проступка, следует отметить, что далеко не все представители научной общественности ратуют за такие изменения уголовного закона. Например, профессор Л.В. Головкин указывает на отсутствие должных правовых оснований для введения в российское законодательство уголовного проступка [Головкин Л.В., 2018: 127–136]. Интерес представляет и мнение

уголовного проступка»: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2020 № 24 // Документ опубликован не был. Доступ из СПС КонсультантПлюс (дата обращения: 10.12.2020).

А.А. Толкаченко (заместителя Председателя ВС РФ (в почетной отставке)), который отмечает, что «в современных условиях введение уголовного проступка ... и судопроизводство по нему сами по себе не способны оказать принципиального влияния на уголовную политику и практику применения уголовного законодательства» [Толкаченко А.А., 2015: С. 137–150]. С данным тезисом можно согласиться, если институт уголовного проступка рассматривать в отрыве от перспективы совершенствования уголовного, административного и уголовно-процессуального законодательства в целом. Возвращение уголовного проступка рассматривается только как первый шаг к разрешению реально существующих проблем современного законодательства уголовно-правового комплекса [Рогова Е.В., 2020: 52–57].

В научном сообществе имеют место и иные высказывания о возможности «реализации в России идеи выделения из преступлений уголовных проступков», подробный анализ чего дан В.В. Дорошковым (судья ВС РФ (в почетной отставке)), который считает, что для объективной и всесторонней оценки сущности предлагаемых реформ не будет лишним анализ конкретной ситуации, где высказывались предложения о введении уголовного проступка, и выяснение причин — почему они были приняты либо отвергнуты. При этом от «того, какие преступления законодатель отнесет к уголовным проступкам, будет зависеть вектор уголовной политики государства на ближайшую перспективу» [Дорошков В.В., 2016: 31–39].

Идея введения в уголовное законодательство уголовного проступка далеко не нова. Видные советские ученые — Г.А. Кригер, Н.Ф. Кузнецова, М.Д. Шаргородский [Кригер Г.А., 1979: 7–8]; [Кузнецова Н.Ф., 1969: 167–170]; [Шаргородский М.Д., 1961: 78] и др. — высказывали идею выделения в уголовном законе такой группы общественно опасных деяний, как уголовные проступки. Фактически этим предлагалось их возвращение в советское законодательство, что было отражено в разработанном рабочей группой В.И. Курляндского в 1974 г. проекте Кодекса уголовных проступков³.

В последние годы отмечается расширение научной дискуссии в области дифференциации уголовной ответственности за совершение различных по степени тяжести общественно опасных деяний путем их градации на преступления и уголовные проступки [Акутаев Р.М., 2013: 41]; [Щедрин Н.В., 2012: 8]. Это вполне согласуется с активизацией проводимой государством начиная с 2003 г.⁴ политики либерализации уголовного наказания, на что российскими учеными-криминологами обращено особое внимание. Диффе-

³ Кодекс уголовных проступков: Проект. М.: Изд-во Всесоюзного ин-та по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1974. 120 с.

⁴ О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 08.12.2003 № 162-ФЗ // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4848.

ренциация уголовной ответственности за совершение противоправных деяний, не представляющих значительной общественной опасности, сегодня обусловлена потребностью разработки современной уголовной политики, активное обсуждение которой имело место в ходе парламентских слушаний в Совете Федерации 18 ноября 2013 г.⁵ и 5 апреля 2017 г., где А.Л. Кудриным была предложена концепция совершенствования уголовного законодательства до 2025 г.⁶, предусматривающая в качестве одной из составляющих необходимость реформирования российского уголовного законодательства.

Предложение о возвращении уголовного проступка направлено на достижение цели более точной социально-политической и правовой оценки преступлений и уголовных проступков, производимой с учетом характера и степени общественной опасности противоправного деяния и лица, его совершившего. В связи с этим актуализируется и категория справедливости уголовного закона, которым может считаться только закон, отвечающий требованию социальной обоснованности криминализации или декриминализации преступных деяний, пенализации или депенализации преступлений. Если законодательная новелла не вызвана объективными требованиями жизни, то нельзя рассчитывать, что ее применение даст положительный эффект [Орехов В.В., 1985].

При исследовании категории уголовного проступка представляется целесообразным обратиться к высказыванию академика В.Н. Кудрявцева о том, что изучение социальной обусловленности права напрямую связано с тремя группами общественных отношений [Кудрявцев В.Н., 1995: 41]. Первая группа: общественные отношения, иные общественные явления и процессы (в нашем случае речь идет об уголовных проступках — примеч. авт.), вызывающие потребность (необходимость, желательность) в правовом регулировании, и соответствующие им социальные интересы. Вторая группа включает в себя общественные отношения в механизме правотворческой деятельности, стимулирующие, тормозящие или видоизменяющие ее развитие, где действуют интересы участников данного процесса. Третья группа охватывает общественное мнение, интересы и установки населения — граждан и должностных лиц, непосредственно не участвующих в подготовке законопроекта. Здесь проявляется отношение к процессу создания новой нормы права со стороны ее будущих адресатов.

Применительно к вопросу о том, имеются ли социальные интересы законодательного закрепления уголовных проступков, целесообразно обратиться

⁵ Парламентские слушания в Совете Федерации 18 ноября 2013 г. Available at: URL: <http://www.legislation.council.gov.ru> (дата обращения: 29.03.2021)

⁶ Парламентские слушания в Совете Федерации 5 апреля 2017 г. Available at: URL: <http://www.council.gov.ru> (дата обращения: 29.03.2021)

ся к проблеме снижения уровня уголовной репрессии, одна из цифр которой в 1998 г. составляла 1 млн. содержащихся в местах лишения свободы, что обусловило принятие государством ряда законодательных мер, включающих в себя: исключение из уголовно-процессуального законодательства еще в рамках действия УПК РСФСР 1960 г. ч. 2 ст. 96, допускающей заключение под стражу граждан в силу одной опасности совершенного преступления, к категории которых относилось более 1 млн. краж чужого имущества; принятие Федерального закона от 31.10.2002 № 133-ФЗ, которым наказание в виде лишения свободы на срок до 6 лет по ч. 2 ст. 158 УК за квалифицированные виды краж, включая тайное хищение «банки соленых огурцов из сарая в подвале жилого дома», было дифференцировано с отнесением абсолютного числа данного вида краж к преступлениям средней тяжести⁷; передачу в связи с принятием УПК РФ полномочий по заключению подозреваемых, обвиняемых под стражу от прокурора к суду.

Эти меры обеспечили сокращение к 2019–2020 гг. числа содержащихся под стражей граждан до 500 тыс. (на 1 января 2021 г. — 482 832 чел.), а числа ежегодно заключаемых под стражу лиц в процессе предварительного расследования — более чем в шесть раз (с 450 тыс. в 1998 г. до 76,2 тыс. в 2020 г.).

К мерам законодателя по снижению уровня уголовной репрессии следует отнести и принятие федеральных законов от 08.12.2003 № 162-ФЗ⁸ (в части исключения нижних пределов санкций в виде лишения свободы из абсолютного большинства преступлений небольшой и средней тяжести), от 28.12.2008 № 280-ФЗ⁹ и 07.03.2011 № 26-ФЗ¹⁰ (нижние пределы санкций в виде лишения свободы были исключены еще из значительного количества тяжких и особо тяжких преступлений). К данной мере следует отнести и предоставление суду Федеральным законом от 07.12.2011 № 420-ФЗ права на изменение категории преступления на менее тяжкую.

Следует также учитывать, что разделение всех общественно опасных деяний на преступления и проступки преследует цель достижения более точной социально-правовой оценки деяния, производимой с учетом характера

⁷ Проект данного закона был предложен одним из авторов настоящей публикации — профессором Б.Я. Гавриловым.

⁸ О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 08.12.2003 № 162-ФЗ // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4848.

⁹ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 года и Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 года и принятием Федерального закона «О противодействии коррупции»: Федеральный закон от 28.12.2008 № 280-ФЗ // СЗ РФ. 2008. № 52 (часть I). Ст. 6235.

¹⁰ О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 07.03.2011 № 26-ФЗ // СЗ РФ. 2011. № 11. Ст. 1495.

и степени его общественной опасности; большей дифференциации и индивидуализации ответственности; более целенаправленной организации профилактической работы, на что должно быть нацелено, по мнению Г.А. Кригера, совершенствование уголовного законодательства, актуальность чего не утрачена и в настоящее время [Кригер Г.А., 1979: 3–9].

Следующая группа вопросов (по В.Н. Кудрявцеву), составляющих социальную необходимость той или иной правовой нормы, включает в себя общественные отношения в механизме правотворческой деятельности. Законодатель, хотя и формально, но идет по пути выделения в уголовном законе группы преступлений (по сути — уголовных проступков) с отнесением к ним преступлений небольшой тяжести, к которым сегодня ч. 2 ст. 15 УК РФ относит умышленные и неосторожные деяния, за совершение которых максимальное наказание в виде лишения свободы не превышает трех лет. Это позволяет выдвигать тезис о существовании уголовных проступков де-факто, что нашло отражение и в других положениях уголовного и уголовно-процессуального законодательства: 1) в выделении группы преступлений небольшой тяжести (ч. 2 ст. 15 УК); 2) в отнесении преступлений небольшой тяжести к компетенции органов дознания (ч. 3 ст. 150 УПК РФ); 3) в определении подсудности мировым судьям уголовных дел о преступлениях, максимальное наказание за совершение которых не превышает трех лет (ст. 31 УПК), на что обращает внимание и В.Ф. Цепелев [Цепелев В.Ф., 2005: 631–633].

Еще одна (по В.Н. Кудрявцеву) составляющая социальной обусловленности той или иной правовой нормы связана и с тем, каким образом принимаемая законодателем норма повлияет на интересы тех граждан, должностных лиц, которые не участвовали в непосредственном процессе принятия данной законодательной нормы. Как представляется, введение уголовного проступка с его правовым режимом, отличным от преступления, положительно скажется в отношении лиц, совершивших преступления, не представляющие большой общественной опасности. Именно эта категория лиц, совершивших противоправные деяния, и призвана стать адресатом нормы, закрепляющей уголовный проступок. При этом учитываются также характер и степень общественной опасности тех деяний, которые совершили эти лица (при переводе их в уголовные проступки); их социальный облик, правовая и криминологическая характеристики существенно отличаются от тех лиц, которые совершают тяжкие и особо тяжкие преступления, являются рецидивистами.

Кроме того, в отношении указанных лиц широкую практику применения должны получить наказания, не связанные с лишением свободы. К чему, кстати, движется судебная практика наказания, приведенная в таблице № 1.

Современные исследования свидетельствуют о том, что действующий УК РФ переполнен уголовно-правовыми запретами, а места лишения свобо-

Таблица 1. Статистические данные о назначенных судом наказаниях за период с 2010 по 2020 гг.

Статьи УК РФ	Всего по составам УК РФ				
	2010	2017	2018	2019	2020
Всего осуждено	845 071	697 054	658 291	598 214	530 965
Лишение свободы	262 870	197 561	187 794	172 914	149 682
Условное осуждение к лишению свободы	306 809	76 633	169 030	157 051	147 751
Ограничение свободы	8 053	25 114	22 966	20 394	20 099
Исправительные работы	43 571	56 456	56 450	51 684	40 921
Обязательные работы	80 558	129 382	116 058	100 807	92 604
Принудительные работы	—	480	795	908	947
Штраф	123 759	90 791	85 760	75 200	61 700
Условное осуждение к иным мерам	15 121	12 813	12 629	11 984	10 311

ды — осужденными (как отмечено выше, их число в 1999 г. достигло миллионного рубежа). В России количество лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы, на 100 тыс. населения составляет 630 человек, в то время как в скандинавских странах это число равно 88, в Италии — 78, во Франции — 100, Испании — 126 и т.д. По данным опроса, проведенного среди самих заключенных, половина респондентов (49,2%) считает, что тюрьма не воспитывает и не исправляет, а только калечит судьбы [Сизова В.Н., 2020: 6–7]. Это практикующие юристы и большая часть россиян знают не понаслышке, поскольку при освобождении из мест заключения у этих лиц возникает множество вопросов, связанных с адаптацией к условиям жизни на свободе, трудоустройством, регистрацией по месту прежнего жительства, защитой своего права на жилплощадь и т.п. Более того, изоляция от общества, как правило, вызывает изменения в психике человека, приводит к деформации личности, к утрате части социальных навыков, связей, функций, что нередко является причиной повторного совершения преступлений. Изложенное позволяет утверждать правомерность вывода о том, что цель исправления лиц, совершивших преступления, в современных пенитенциарных учреждениях не достигается. Это признается и практическими работниками уголовно-исполнительной системы, и специалистами девиантологии, социологии, криминологии, психологии и других смежных областей.

На протяжении последних трех десятилетий складывалась ситуация, когда к уголовной ответственности ежегодно (1992–2001 гг.) привлекалось более 1,5 млн. взрослого населения страны, в 2012–2017 гг. — около 900 тыс. Хотя в последующие годы их число сократилось (в 2018 г. до 831 тыс., в

2019 г. до 789 тыс. и в 2020 г. до 751 тыс.), это, тем не менее, продолжение криминализации общества.

Подход государства к решению данной проблемы должен заключаться в том, чтобы исключить случаи попадания в места лишения свободы лиц, осужденных за преступления, не представляющие большой общественной опасности, чье исправление возможно достичь, применив наказания, не связанные с лишением свободы. В этом заключается переосмысление роли уголовного закона в воздействии на категорию граждан, совершивших противоправные деяния, не представляющие большой общественной опасности, и тем самым сокращение числа лиц, содержащихся в местах лишения свободы.

Эти очевидные факты привели к формированию мнения о необходимости декриминализации ряда деяний, не имеющих большой общественной опасности, и общего смягчения карательной политики. Так, Председатель ВС РФ В.М. Лебедев на протяжении ряда лет отмечает необходимость декриминализации некоторых составов преступлений небольшой тяжести¹¹, что сегодня реализовано федеральными законами от 03.07.2016 № 323-ФЗ¹² и № 326-ФЗ¹³, внесенными в Государственную Думу Пленумом ВС РФ. Однако, по нашему мнению, декриминализация части преступлений путем их перевода в административные правонарушения может ослабить борьбу с некоторыми опасными противоправными деяниями, как, например, кража чужого имущества или связанные с незаконным оборотом наркотиков.

К этой же категории противоправных деяний следует отнести и декриминализованные указанным Федеральным законом от 03.07.2016 побои, совершенные на «бытовой» почве, с переводом их в административные правонарушения, чем фактически и практически утрачено то их значение, которое заключалось в двойной превенции и многие десятилетия было направлено на предупреждение тяжких преступлений в «быту».

При этом внесенные указанным законом дополнения в УК РФ в части, касающейся криминализации мелкого хищения (ст. 158¹) и побоев (ст. 116¹), предусматривают в качестве одного из обязательных условий привлечения

¹¹ Интервью Председателя Верховного Суда РФ В. М. Лебедева «Чиновник перед высшим судом. Вячеслав Лебедев: мы поддержим гражданина в споре с бюрократом» // Рос. газ. 2008. С. 4803.

¹² О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности: Федеральный закон от 03.07.2016 № 323-ФЗ // СЗ РФ. 2016. № 27 (ч. II). Ст. 4256.

¹³ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности»: Федеральный закон от 03.07.2016 № 326-ФЗ // СЗ РФ. 2016. № 27 (ч. II). Ст. 4259.

к уголовной ответственности наличие административной преюдиции. Тем самым уголовная ответственность за указанные противоправные деяния возможна только в отношении лиц, подвергнутых за совершенные ранее аналогичные правонарушения административному наказанию. Это, на наш взгляд, нарушает один из основополагающих конституционных принципов, который заключается в том, что лицо не может дважды нести ответственность за одно и то же деяние. Указанные преступления, а также введенное в УК РФ мелкое взяточничество (ст. 291²) и десятки других составов преступлений небольшой тяжести могли бы быть отнесены к уголовным проступкам.

Законодательное закрепление категории уголовных проступков будет являться также серьезным шагом по пути повышения эффективности уголовно-правовых мер борьбы с преступностью. Обособление значительного количества деяний, не представляющих большой общественной опасности (преступления небольшой тяжести и иные деяния, в силу своей малозначительности не представляющие общественной опасности), позволит правоохранительным органам сосредоточить свои усилия на выявлении, раскрытии и расследовании более опасных преступлений. Те органы, к подследственности которых будет отнесено расследование уголовных проступков, свои усилия направят на борьбу именно с этой категорией противоправных деяний, обеспечив их расследование в протокольной форме, которая будет предложена ниже.

Завершая анализ социально-правовой обусловленности введения в российское уголовное законодательство уголовного проступка, авторы считают возможным привести и криминологическое обоснование его введения, познание чего требует изучения состояния преступности и ее основных тенденций, понимание того, что она неоднородна.

2. Криминологическое обоснование проблемы

Изложенные выше точки зрения свидетельствуют о необходимости обратить внимание и на криминологическую характеристику преступлений, не представляющих большой общественной опасности, которые могут быть законодателем отнесены к затронутой в настоящей научной статье категории противоправных деяний. В связи с этим вызывает определенные трудности анализ структуры преступлений небольшой тяжести по причине того, что многие из них не находят должного отражения как преступления в уголовно-правовой статистике, которая и в целом отличается крайней недостоверностью сведений о состоянии преступности.

Е.В. Роговой проведен анализ преступлений, за которые максимальный срок лишения свободы составляет три года [Рогова Е.В., 2016: 17]. Его ре-

зультаты позволили сделать несколько основных выводов по состоянию уровня преступности на территории РФ, не относящейся к тяжкой. Ежегодно в РФ регистрируется порядка 1 млн. преступлений небольшой тяжести, что составляет от 35% до 44% в структуре зарегистрированной преступности. При этом с 2012 г. отмечалась тенденция их роста как в количественном отношении, так и по удельному весу. Некоторое сокращение в 2016–2020 гг. количественного показателя данного вида преступлений обусловлено декриминализацией их отдельных видов указанными выше федеральными законами от 03.07.2016 (таблица 2).

Таблица 2. Динамика зарегистрированных преступлений небольшой тяжести¹⁴

Годы	Количество зарегистрированных преступлений небольшой тяжести	Прирост к предыдущему году (%)	Удельный вес в общем количестве зарегистрированных преступлений (%)
2005	1 084 029	28,8	30,5
2006	1 265 271	16,7	32,8
2007	1 230 791	-2,7	34,4
2008	1 130 691	-8,1	35,0
2009	1 068 912	-5,5	36,0
2010	931 370	-12,9	35,0
2011	877 009	-5,8	36,5
2012	947 376	8,0	41,0
2013	928 424	-2,0	42,0
2014	924 177	-0,5	42,7
2015	1 037 365	+ 10,9	44,1
2016	953 895	-9,0	42,2
2017	914 535	-4,1	44,4
2018	920 153	+ 0,6	46,2
2019	875 332	-0,9	43,2
2020	845 487	-3,4	41,4

Аналогичный показатель составляет и доля осужденных в РФ за преступления небольшой тяжести, которая за последние годы ежегодно возрастала, достигнув к 2020 г. показателя 51,2% лиц от общего количества осужденных (таблица 3).

¹⁴ Данные судебной статистики Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации за 2005–2020 гг. Available at: URL: [http:// www.cdep.ru](http://www.cdep.ru) (дата обращения: 29.03.2021)

Таблица 3. Число осужденных, в том числе за преступления небольшой тяжести

Годы	Всего осуждено	В том числе за преступления небольшой тяжести	То же, в %
2005	878 893	254 062	30,0
2006	909 853	280 445	30,8
2007	927 074	296 698	32,0
2008	925 166	323 470	35,0
2009	892 361	326 076	36,5
2010	845 071	309 528	36,6
2011	782 274	286 452	36,6
2012	739 278	273 346	37,0
2013	735 590	340 709	46,3
2014	719 305	330 898	46,0
2015	733 607	342 267	46,7
2016	740 380	364 382	49,2
2017	697 054	363 028	52,1
2018	658 291	347 066	52,7
2019	620 054	317 390	51,2
2020	530 965	274 934	51,8

Исследуя данную категорию преступлений, следует отметить ту их особенность, что они носят массовый характер и наиболее подвержены латентности, в результате чего многие из них не получают соответствующей уголовно-правовой оценки. Объективно подтверждают это и социологические опросы граждан на протяжении трех последних десятилетий, с высокой степенью объективности свидетельствующие, что почти каждый второй пострадавший в правоохранительные органы не обращался. В основном это касается преступлений рассматриваемой категории [Горяинов К.К., Овчинский В.С., Кондратюк Л.В., 2011: 61–62].

При изучении обоснованности введения в УК РФ уголовного проступка авторы обращаются к результатам анализа судебной практики применения наказаний за совершение преступлений небольшой тяжести, свидетельствующего, что одну треть из них составляет штраф и одну треть — условное осуждение к лишению свободы. Практика назначения судами штрафа за совершение данных преступлений стабильна и находится на одном уровне, а условное осуждение применяется, по нашему мнению, необоснованно широко.

Таким образом, криминологический анализ преступлений небольшой тяжести и лиц, их совершивших, как один из основополагающих аргументов, позволяет сделать достаточно обоснованный вывод о том, что значительную часть данных преступлений возможно выделить в группу уголовных проступков. В пользу предложенной дифференциации преступлений небольшой тяжести, которые составляют значительную часть преступлений в УК РФ, свидетельствует то, что вряд ли приведенная здесь характеристика лиц, их совершивших, позволяет назвать таких людей преступниками [Рогова Е.В., 2018: 129–135].

Криминологическая характеристика преступлений, которые предполагается перевести в категорию уголовных проступков, способствует выработке определенных предложений относительно их уголовно-правовой оценки. Так, например, предлагается, что за совершение уголовных проступков следует назначать наказания, не связанные с лишением свободы (исправительные работы, обязательные работы). Только в исключительных случаях возможно применение наказания в виде ареста. В некоторой степени следует поддерживать предложения тех ученых, которые предлагают перевести преступления небольшой и средней тяжести в уголовные проступки, за совершение которых следует выработать самостоятельную систему наказаний [Ишигеев В.С., 2011].

Кроме того, совершение уголовного проступка: не должно учитываться при признании рецидива; не должно влечь ответственности за покушение на них; не должно влечь за собой судимости. Виновные в совершении уголовных проступков освобождаются от уголовной ответственности при примирении с потерпевшим, деятельном раскаянии, по истечении срока давности в два года.

При формулировании концепции разделения общественно опасных деяний на преступления и уголовные проступки наряду с исследованием социальной и криминологической составляющих не меньший научный и практический интерес представляет историческая обусловленность категории уголовного проступка.

3. Историческая обусловленность проблемы

Вопрос о разграничении преступлений и проступков был поставлен в законодательской идеологии и практике Российской империи еще в XVIII в. При Петре I появляются понятия «преступление» и «проступок». Дифференциация преступления и проступка была обусловлена двуединым процессом, характеризующимся стремительно происходящими изменениями в социально-экономическом укладе общества, реформами государственного аппарата и распространением в России идей философии просвещения [Логецкий А.А., 2003].

Продолжая начинания Петра, Екатерина II в первом дополнении к большому Наказу Уложенной комиссии 1767 г. высказала мысль, что «не надобно смешивать великого нарушения законов с простым нарушением установленного благочиния: сих вещей в одном ряду ставить не должно»¹⁵. Эта идея нашла воплощение в Уставе благочиния (или полицейском) (1782), согласно которому лица, совершившие значительные правонарушения, направлялись в суд для определения им меры наказания, а по малозначительным нарушениям окончательное решение принималось в полиции. Тем самым была заложена основа практического разграничения преступлений и проступков.

Свое законодательное разрешение с учетом европейского опыта составления уголовных кодексов, в частности, Уголовного кодекса Франции (1810), в котором преступные деяния подразделялись на преступления, уголовные проступки получили в Своде законов Российской империи (1832), том XV которого был посвящен вопросам уголовного права. В книге первой «Уложение о наказаниях уголовных и исправительных» в главе первой «О существе преступлений и проступков, и о степенях вины»¹⁶ в ст. 1 давалось общее понятие преступления как всякого деяния, запрещенного законом под страхом наказания, а в ст. 2 приводилось определение маловажных преступлений и проступков как деяний, запрещенных под страхом легкого телесного наказания или полицейского исправления.

Уложение о наказаниях уголовных и исправительных (1845) знало два понятия уголовно наказуемого деяния — преступление и проступок. Всякое нарушение закона, через которое посягается на неприкосновенность прав власти верховной и установленных ею властей или же на права или безопасность общества или частных лиц — есть преступление (ст. 1 Уложения). Нарушение правил, предписанных для охранения определенных законом прав и общественной или же личной безопасности или пользы, именуется проступком (ст. 2 Уложения)¹⁷.

Таким образом, Свод законов Российской империи 1832 г. устанавливал различие между преступлением и проступком по тяжести наказания, а Уложение 1845 г. — по объекту посягательства. Преступление характеризовалось повреждением объекта, охраняемого законом, а проступок — нарушением закона, охраняющего благо. Следовательно, понятие проступка было более формализовано. В своей основе преступление и проступок являлись

¹⁵ Наказ Екатерины II, данный Комиссии о сочинении проекта нового уложения / под ред. Н.Д. Чечулина. СПб.: Императорская Академия наук, 1907. С. СХI–СХХХVI.

¹⁶ Свод законов Российской Империи. СПб., 1832. Т. XV. Книга первая «Уложение о наказаниях уголовных и исправительных». Available at: URL: <https://civil.consultant.ru/reprint/books/229/> (дата обращения: 26.03.2021)

¹⁷ Российское законодательство X–XX веков. Т. 6. М.: Юридическая литература, 1988. С. 310.

посягательствами на разные уровни правовых установлений. Дифференциация преступных деяний была основана на различии исторически сложившихся типов криминализации: первый тип соотносился с регламентацией основных (наиболее опасных) преступлений, второй — преступлений, проступков, общественная опасность которых была актуальна на определенный период. При этом ценность охраняемого объекта экстраполировалась на норму, содержащую уголовно-правовой запрет, тем самым определялась и важность этой нормы. Разграничение между преступлением и проступком проводилось также по роду назначаемого наказания. Преступления могли караться уголовными, а в отдельных случаях в качестве дополнительных — исправительными наказаниями. Проступки наказывались только исправительными наказаниями. В новых редакциях Уложения (1866 и 1885) различие между преступлением и проступком из Общей части было исключено.

Принятие Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями (1864)¹⁸, обусловило значительную переработку уголовного законодательства. Проступками по Уставу именовались запрещенные под страхом наказания деяния. В статье 1 определялись следующие виды наказания за проступки, «означенные в сем Уставе»: выговоры, замечания и внушения; денежные взыскания не свыше 300 руб.; арест не свыше трех месяцев; заключение в тюрьме не свыше одного года.

Наиболее юридически разработанными были нормы о категоризации преступлений в Уголовном уложении (1903)¹⁹. Оно закрепляло уголовно-правовые последствия совершения общественно вредного деяния той или иной категории. В нем законодатель разграничивает преступные деяния на три категории: тяжкие преступления, преступления и проступки. К проступкам относились деяния, совершенные по легкомыслию и небрежности, или которые заключались в простом ослушании велениям законов, ограждающих безопасность и спокойствие, или которые нарушают лишь имущественные интересы казны, или хотя и причиняют кому-либо вред, но по существу незначительны. Такое деление преступных деяний проводилось в зависимости от назначаемых наказаний. Преступные деяния, за которые в законе определены как высшее наказание арест или денежная пеня, относились к проступкам.

Уголовный кодекс РСФСР (1922)²⁰ отказался от законодательного закрепления трех категорий уголовно наказуемых деяний, известных Уголовному уложению (1903). Несмотря на это, ряд авторов утверждал, что наличие в УК

¹⁸ Российское законодательство X–XX веков. Т. 8. Судебная реформа. Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями. М.: Юрид. лит., 1991. С. 395–419.

¹⁹ Там же. Том 9. Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. М.: Юрид. лит., 1994. С. 240–319.

²⁰ О введении в действие Уголовного Кодекса Р.С.Ф.С.Р.: Постановление ВЦИК от 01.06.1922 // СУ РСФСР. 1922. № 15. Ст. 153.

РСФСР 1922 г. группы преступлений, дела по которым рассматривались народным судьей единолично, свидетельствует о том, что уголовный закон помимо преступлений различал и проступки [Познышев С.В., 1923: 39]. Обоснованность таких суждений подкрепляется наличием в уголовном кодексе административной и дисциплинарной преюдиции. Так, за ряд должностных преступлений УК РСФСР 1922 г. предусматривал возможность привлечения виновного к уголовной или дисциплинарной ответственности. Такие деликты, как самогоноварение или хулиганство были переданы на разрешение административных отделов исполкомов.

Принятый в 1926 г. УК РСФСР²¹ не содержал принципиального решения проблемы дифференциации преступлений в зависимости от их тяжести. В нем различались две категории общественно опасных деяний: 1) посягательства, направленные против основ советского строя, признававшиеся наиболее опасными; 2) все остальные посягательства (ст. 46). За преступления первой категории был определен предел, ниже которого суд не вправе был назначить меру социальной защиты судебно-исправительного характера. По всем остальным преступлениям устанавливался лишь высший предел.

Предложения о выделении в самостоятельную категорию преступлений, за которые применялись бы исключительно меры морального воздействия или принудительные работы и другие наказания без лишения свободы, были высказаны в 1926 г. на VI съезде деятелей юстиции²². Однако данное предложение принято не было.

Таким образом, ретроспективный анализ отечественного уголовного законодательства свидетельствует о том, что в советский период категория «уголовный проступок» была исключена. Одновременно появляется категория преступлений, не представляющих большой общественной опасности, получившая официальное закрепление в уголовных кодексах союзных республик 1959–1961 гг. Понятие преступления, не представляющего большой общественной опасности, применялось к решению вопроса об уголовной ответственности несовершеннолетних (ч. 3 ст. 10 УК РСФСР (1960)) и об освобождении лица от уголовной ответственности и наказания с передачей виновного на поруки (ст. 52 УК РСФСР). В других случаях, как, например, при освобождении лица от уголовной ответственности с передачей дела в товарищеский суд, закон вел речь о малозначительных преступлениях, т.е. деяниях, не представляющих общественной опасности (ст. 51 УК РСФСР) [Сизова В.Н., 2020: 6–47].

²¹ О введении в действие Уголовного Кодекса Р.С.Ф.С.Р. редакции 1926 года: Постановление ВЦИК от 22.11.1926 // СУ РСФСР. 1926. № 80. Ст. 600.

²² О VI Всероссийском Съезде работников советской юстиции // Еженедельник советской юстиции. 1926. № 10.

8 февраля 1977 г. Указом Президиума Верховного Совета СССР «О внесении изменений и дополнений в уголовное законодательство Союза ССР» была установлена возможность применения мер административной ответственности за преступления, не представляющие большой общественной опасности, чем фактически была предпринята попытка законодательно закрепить уголовные проступки²³. Одновременно в УК РСФСР были внесены изменения, исключаящие термин «малозначительные преступления», поскольку наличие в уголовном законе данного понятия вызывало трудности и ошибки в правоприменительной и судебной практике. Тем самым нормы, регулирующие порядок освобождения от уголовной ответственности с заменой ее мерами общественного либо административного воздействия, стали связывать с совершением преступления, не представляющего большой общественной опасности.

Давая оценку появлению в уголовном законодательстве данного понятия, С.Г. Келина отмечает, что вследствие нечеткого описания оснований дифференциации и индивидуализации закон открывает путь для недостаточно обоснованных, а порой и субъективных решений, что нарушает стабильность правоприменительной деятельности и противоречит таким принципам, как равенство граждан перед законом, а также неотвратимость и справедливость ответственности [Келина С.Г., 1984: 15].

Особое внимание следует обратить на то, что схожая с категорией уголовного проступка конструкция действия (бездействия), хотя формально и содержащего признаки какого-либо деяния, предусмотренного Особенной частью УК РСФСР, но в силу малозначительности не представляющего общественной опасности, была включена в ст. 7 УК РСФСР Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 03.12.1982 «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР»²⁴. Указанное положение было включено законодателем и в ч. 2 ст. 14 УК РФ.

Подводя итог ретроспективному анализу категоризации преступлений в отечественном уголовном законодательстве, представляется возможным сформулировать следующие выводы.

Классификация преступлений в зависимости от степени их тяжести и меры наказания появилась еще в дореволюционном уголовном законодательстве. Уголовное уложение 1903 г. проводило категоризацию преступлений на три группы, среди которых имела место группа уголовных проступков.

²³ О внесении изменений и дополнений в уголовное законодательство Союза ССР: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 08.02.1977 № 5199-IX // Ведомости ВС СССР. 1977. № 7. Ст. 116.

²⁴ О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР: Указ Президиума ВС РСФСР от 03.12.1982 // Ведомости ВС РСФСР. 1982. № 49. Ст. 1821.

На отказ советского законодателя от выделения такой группы общественно опасных деяний, как уголовные проступки, в УК РСФСР 1960 г. предусматривалась уголовная ответственность за преступления, не представляющие большой общественной опасности, а в 1982 г. УК был дополнен понятием деяния, в силу малозначительности не являющегося преступлением.

Категория уголовного проступка не нашла закрепления и в действующем УК РФ, однако в ч. 2 ст. 14 УК РФ содержится понятие деяний, в силу малозначительности не являющихся преступлениями, которые наряду с преступлениями небольшой тяжести и частью преступлений средней тяжести могут стать основой формирования категории уголовных проступков.

4. Процессуальный аспект проблемы

Немаловажным для исследования категории уголовного проступка является его значение не только для дифференциации уголовной ответственности, но и формы его расследования, включая пересмотр правил начала производства по уголовному делу. Введение в российское законодательство уголовного проступка потребует разработки соответствующей ускоренно-упрощенной формы расследования данного вида противоправных деяний. При этом авторы исходят из того, что Федеральным законом от 04.03.2013 № 23-ФЗ²⁵ в УПК РФ уже включено сокращенное дознание, вызвавшее, с одной стороны, неподдельный научный интерес, а, с другой, его неоднозначную оценку учеными-процессуалистами и правоприменителями.

Практика применения дознания в сокращенной форме подтвердила опасения, что реализация его положений будет существенно затруднена. Достаточно подробный анализ сокращенного дознания сегодня дан рядом ученых [Гирько С.И., 2014: 22–27]; [Ярыгина Л.А., 2018: 255–263]. С учетом своего видения путей упрощения предварительного расследования в форме дознания авторы также высказывают обоснованные сомнения в полной их реализации. К числу существенных недостатков сокращенного дознания возможно отнести необоснованность позиции законодателя в выборе формы сокращенного дознания в зависимости от ходатайства подозреваемого, который сегодня в ряде случаев использует его как часть тактики для уклонения от уголовной ответственности, а также зависимость применения данной формы расследования от позиции потерпевшего. Отсюда и соответствующие результаты расследования.

²⁵ О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 04.03.2013 № 23-ФЗ // СЗ РФ. 2013. № 9. Ст. 875.

В 2019–2020 гг. количество направленных в суд уголовных дел сократилось до 85 тыс. против 105 тыс. в 2017 г., хотя количество преступлений, подпадающих под действие данной нормы, составило за этот период по экспертной оценке авторов более 200 тыс. Установленный законодателем срок расследования дознания в сокращенной форме — 15 суток с возможностью его продления прокурором до 20 суток, а с учетом практики использования еще 30 суток, установленных УПК РФ для проведения проверки сообщения о преступлении. Этот срок сегодня реально составляет до 2-х месяцев и более, что явно не коррелируется с сокращенным дознанием.

Исходя из изложенного, полагаем возможным предложить иной порядок расследования для категории деяний «уголовный проступок» при условии его введения в УК РФ — протокольную форму расследования, включающую в себя следующие требования.

Решение о производстве расследования в протокольной форме должно быть за уголовно-процессуальным законом и лицом, его производящим. Превалирование дискреционных полномочий указанного должностного лица позволит исключить возвращение из суда таких уголовных дел лишь по причине изменения, зачастую без достаточных оснований, позиции подсудимого и (или) потерпевшего, его представителя относительно примененного порядка судопроизводства.

При расследовании преступлений в протокольной форме расследования обязательным условием должно являться начало производства расследования по уголовному делу без вынесения процессуального решения о возбуждении уголовного дела. При этом моментом начала такого производства является принятие сообщения о преступлении (фактический момент) и его регистрация (момент юридический). Это предложение сегодня нашло отражение в Постановлении Конституционного Суда РФ от 13.06.2019 № 23-П²⁶, которым ч. 3 ст. 6¹ УПК РФ признана не соответствующей Конституции РФ, поскольку при определении разумного срока уголовного судопроизводства позволяет не учитывать период со дня подачи заявления лицом, потерпевшим от преступления, до момента возбуждения уголовного дела.

Возможный вариант реализации предлагаемой формы расследования — формализованный бланк единого протокола, в котором предлагается предусмотреть необходимые виды следственных действий: осмотр места происшествия, допрос подозреваемого, потерпевшего и разъяснение им процессуальных прав, изъятие вещественных доказательств и приобщение

²⁶ По делу о проверке конституционности части третьей статьи 6¹ Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Б.А. Сотникова: Постановление Конституционного Суда РФ от 13.06.2019 № 23-П // Официальный интернет-портал правовой информации. Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 28.03.2021)

их к уголовному делу, назначение судебной экспертизы только в случае обязательного ее производства (ст. 196 УПК РФ). Одновременно к протоколу должна быть приложена справка с указанием свидетелей, которые могут быть вызваны в судебное заседание, а также справка (документ) о судимости и, возможно, иные документы, необходимые, по мнению органа расследования, в судебном разбирательстве.

Срок производства по такому уголовному делу ограничивается двумя сутками, что в условиях очевидности совершенного преступления (например, лицо задержано «с поличным» при совершении кражи продуктов питания или промтоваров в универсальном магазине) и, исходя из реальной практики, в том числе зарубежной, расследования таких преступлений, является вполне достаточным.

В целях расследования уголовного дела в указанный выше срок и для обеспечения исполнения приговора подозреваемое лицо (около 150 тыс. в год дополнительно к числу задерживаемых сегодня 130 тыс. подозреваемых) подлежит задержанию в порядке ст. 91, 92 УПК на срок до 48 часов, что одновременно должно способствовать резкому сокращению лиц (ежегодно 100 тыс.), находящихся в федеральном розыске, в основном, за указанные преступления.

После направления прокурором уголовного дела в суд последний незамедлительно назначает судебное заседание и одновременно в соответствии с п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК РФ (с учетом внесения в данную норму изменений) продлевает задержание обвиняемого на срок не более 72 часов, в течение которого рассматривает уголовное дело.

Расследование по протокольной форме производства должны производить наряду с дознавателями иные должностные лица органа дознания, например, участковые уполномоченные полиции.

Реализация данных предложений призвана обеспечить своевременный доступ потерпевшего к правосудию, а также принцип неотвратимости наказания за совершенные преступления и, одновременно, защиту прав иных участников уголовного процесса, вовлеченных в сферу действия уголовно-правовых отношений.

Заключение

Законодательное закрепление уголовных проступков позволит обеспечить, с одной стороны, дальнейшую гуманизацию уголовной политики, а с другой — представить преступность адекватно сегодняшнему характеру и степени общественной опасности преступлений на две основные группы (уголовные проступки и преступления), а также призвано обеспечить сни-

жение числа лиц, осуждаемых к лишению свободы, и соответственно уровень судимости населения.

Уголовный проступок не имеет такой степени общественной опасности, которая характерна для преступлений. Однако квалификация некоторых деяний, которые в настоящее время закреплены в КоАП РФ, как уголовных проступков позволила бы подчеркнуть степень значимости отношений, на которые посягает правонарушитель, что будет, по нашему мнению, способствовать предупреждению преступлений.

Расследование уголовных проступков должно осуществляться по протокольной форме в течение 48 часов и с последующим их судебным разбирательством в срок до 72 часов, что повысит в целом эффективность уголовного судопроизводства и уровень обеспеченности прав участников указанного производства.



Список источников

1. Акутаев Р.М. Об уголовных проступках и категоризации преступлений в свете Постановления Конституционного Суда РФ от 14 февраля 2013 г. // Российская юстиция. 2013. № 5. С. 41–45.
2. Воскобитова Л.А. Судопроизводство по делам об административных правонарушениях и его место в системе реализации судебной власти // Мировой судья. 2017. № 2. С. 28–34.
3. Гордиенко В.В. Законодательные новеллы и их роль в повышении эффективности борьбы с преступностью // Российский следователь. 2011. № 16. С. 3–5.
4. Горяинов К.К., Овчинский В.С., Кондратюк Л.В. Изучение общественного мнения об уровне безопасности личности и деятельности органов внутренних дел Российской Федерации. М.: ВНИИ МВД России, 2011. С. 61–62.
5. Головкин Л.В. Законопроект об уголовном проступке: мнимые замыслы и реальная подоплека // Закон. 2018. № 1. С. 127–136.
6. Гирько С.И. Сбываются ли прогнозы и опасения о перспективах дознания в сокращенной форме? // Российский следователь. 2014. № 5. С. 22–27.
7. Дорошков В.В. К вопросу об уголовном проступке // Мировой судья. 2016. № 12. С. 31–39.
8. Ишигеев В.С. Современная система наказаний в России и пути повышения их эффективности // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2011. № 4. С. 16–20.
9. Келина С.Г. Некоторые принципиальные идеи, лежащие в основе теоретической модели уголовного кодекса / Проблемы совершенствования уголовного закона. М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1984. С. 5–18.
10. Кригер Г.А. Конституция СССР и совершенствование уголовного законодательства // Вестник Московского университета. Серия «Право». 1979. № 2. С. 3–9.
11. Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. М.: МГУ, 1969. С. 167–170.
12. Кудрявцев В.Н. Современная социология права: В.Н. Кудрявцев, В.П. Казимирчук. М.: Юристъ, 1995. 303 с.

13. Логецкий А.А. Преступление и проступок в уголовном праве XIX — начала XX веков // Право и жизнь. 2003. № 56.
14. Орехов В.В. Социология в науке уголовного права. Л.: ЛГУ, 1985. 69 с.
15. Познышев С.В. Очерки основных начал науки уголовного права. Общая часть. М.: Юрид. изд-во Наркомюста, 1923. 300 с.
16. Рогова Е.В. О введении категории уголовного проступка в российское законодательство // Труды Академии управления МВД России. 2018. № 2 (46). С. 129–135.
17. Рогова Е.В. Уголовный проступок как проявление гуманизации уголовной политики России // Вестник университета прокуратуры Российской Федерации. 2020. № 1 (75). С. 52–57.
18. Рогова Е.В. Уголовный проступок: концепция развития (мнение ученого и практика) // Публичное и частное право. 2016. № 4 (32). С. 7–45.
19. Сизова В.Н. Прогнозные тенденции российского уголовного законодательства. М.: Юрлитинформ, 2020. 240 с.
20. Сизова В.Н. Эволюция системы наказаний за совершение уголовных проступков в российском уголовном законодательстве // Российская юстиция. 2020. № 9. С. 24–26.
21. Толкаченко А.А. К обсуждению проекта федерального закона в связи с введением понятия уголовного проступка, или чем может помочь Постановление Пленума ВС РФ от 31.10.17 № 42 // Закон. 2018. № 1. С. 137–150.
22. Цепелев В.Ф. Соотношение преступления и иных правонарушений: сравнительный аспект / Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы: материалы конф., посвященной 250-летию образования Москов. гос. ун-та им. М. В. Ломоносова, Москва, 27–28 мая 2004 г. М.: ЛексЭст, 2005. С. 631–633.
23. Щедрин Н.В. Основные направления реформирования системы мер уголовного воздействия: опыт законодательного проектирования // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2012. № 2. С. 5–13.
24. Шаргородский М.Д. Вопросы общего учения о наказаниях в период развернутого строительства коммунистического общества // Межвузовская научная конференция «Советское государство и право в период развернутого строительства коммунизма». Л.: Изд-во ЛГУ, 1961. С. 78.
25. Ярыгина Л.А. Упрощенная процедура уголовного судопроизводства для уголовного проступка / Обеспечение конституционных прав и свобод участников уголовного судопроизводства: материалы круглого стола (Москва, 19 декабря 2017 г.). М.: Российский государственный университет правосудия, 2018. С. 255–263.

References

1. Akutaev R.M. (2013) On criminal misconduct and categorization of crimes in the light of the Decree of the Constitutional Court of the Russian Federation of February 14, 2013. *Rossiiskaya justicia=Russian Justice*, no 5, pp. 41–45 (in Russ.)
2. Gavrillov B.Ya. (2020) Criminal misconduct in the structure of criminal law: past, present, future. *Juridicheskaya technologija=Legal technology*, no 14, pp. 387–400 (in Russ.)
3. Gavrillov B. Ya., Rogova E. V. (2016) Criminal misconduct: a concept of development (the opinion of a scientist and a practitioner). *Publichnoe i chastnoe pravo=Public and private law*, no 4 (32), pp. 7–45 (in Russ.)

4. Gordienko V.V. (2011) Legislative novels and their role in improving the effectiveness of the fight against crime. *Rossiiski sledovatel=Russian investigator*, no 16, pp. 3–5 (in Russ.)
5. Goryainov K.K., Ovchinsky V.S., Kondratyuk L.V. (2011) *Study of public opinion on the level of personal security and the activities of the internal affairs bodies of the Russian Federation*. Moscow: MVD, pp. 61–62 (in Russ.)
6. Golovko L.V. (2018) The bill on criminal misconduct: imaginary designs and real background. *Zakon=Law*, no 1, pp. 127–136 (in Russ.)
7. Girko S.I. (2014) Do the forecasts and fears about the prospects of the inquiry come true in a shortened form? *Rossiiski sledovatel=Russian investigator*, no 5, pp. 22–27 (in Russ.)
8. Doroshkov V.V. (2016) On the issue of criminal misconduct. *Mirovoi sudia=Magistrate judge*, no 12, pp. 31–39 (in Russ.)
9. Ishigeev V.S. (2011) The modern system of punishments in Russia and ways to improve their efficiency. *Zhournal po kriminologii Baikalskogo Gosudarstvennogo Universiteta Ekonomiki i Prava = Criminological Journal of the Baikal State University of Economics and Law*, no 4, pp. 16–20 (in Russ.)
10. Krieger G.A. (1979) Constitution of the USSR and improvement of criminal legislation. *Vestnik Moskovskogo Gosudarstvennogo Universiteta. Seria Pravo=Bulletin of Moscow University. Series Law*. no 2, pp. 3–9 (in Russ.)
11. Kuznetsova N.F. (1969) *Crime and criminality*. Moscow: MSU, pp. 167–170 (in Russ.)
12. Logetsy A.A. (2003) Crime and misconduct in criminal law of the XIX — early XX centuries. *Pravo i zhizn=Law and Life*, no 56 (in Russ.)
13. Orekhov V.V. (1985) *Sociology in the science of criminal law*. Leningrad: Leningrad State University, 69 p. (in Russ.)
14. Poznyshev S.V. (1923) *Essays on the basic principles of the science of criminal law. A common part*. Moscow: Narkomjust, 300 p. (in Russ.)
15. Rogova E.V. (2018) On the introduction of the category of criminal offense in Russian legislation. *Trudi Akademii upravleniya MVD Rossii=Proceedings of the Academy of Management of the Ministry of Internal Affairs of Russia*, no 2 (46), pp. 129–135 (in Russ.)
16. Rogova E.V. (2020) Criminal misconduct as a manifestation of the humanization of Russia's criminal policy. *Vestnik universiteta procuraturi Rossiiskoi Federatsii=Bulletin of the University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation*, no 1 (75), pp. 52–57 (in Russ.)
17. Rogova E.V. (2016) Criminal misconduct: a concept of development (the opinion of a scientist and a practitioner). *Publichnoe i chastnoe pravo=Public and private law*, no 4 (32), pp. 7–45 (in Russ.)
18. Sizova V.N. (2020) *Forecasting tendencies of Russian criminal legislation*. Moscow: Jurlitinform, 240 p. (in Russ.)
19. Sizova V.N. (2020) Evolution of the system of punishments for committing criminal offenses in the Russian criminal legislation. *Rossiiskaya Justicia=Russian justice*, no 9, pp. 24–26 (in Russ.)
20. Tolkachenko A.A. (2018) To the discussion of the draft federal law in connection with the introduction of the concept of a criminal offense, or how the Resolution of the Plenum of the RF Supreme Court of 31.10.17 No. 42 can help. *Zakon=Law*, no 1, pp. 137–150 (in Russ.)
21. Tsepelev V.F. (2005) The Ratio of crimes and other offences: comparative aspect. Ratio of crimes and other offenses: modern challenges: materials of the Conference. Moscow, MSU, pp. 631–633 (in Russ.)

22. Shchedrin N.V. (2012) The main directions of reforming the system of criminal measures: the experience of legislative design. *Criminological journal of the Baikal State University of Economics and Law*, no 2, pp. 5–13 (in Russ.)
23. Shargorodsky M.D. (1961) *Questions of the General doctrine of punishment in the period of the expanded construction of the Communist society*. Leningrad: LSU publ., 78 p. (in Russ.)
24. Voskobitova L.A. (2017) Litigation in cases of administrative offenses and its place in the system of implementation of the judicial power. *Mirovoi sudia=Magistrate judge*, no 2, pp. 28–34 (in Russ.)
25. Yarygina L.A. (2018) Simplified procedure for criminal proceedings for a criminal offense. Ensuring constitutional rights and freedoms of participants in criminal proceedings: *materials of a round table* (Moscow, December 19, 2017). Moscow: Russian State University of Justice, pp. 255–263 (in Russ.)
-

Информация об авторах:

Б.Я. Гаврилов — профессор, доктор юридических наук.

В.А. Крымов — ведущий научный сотрудник, кандидат юридических наук.

Ю.В. Шпагина — старший преподаватель, кандидат юридических наук.

Information about the authors:

B.Ya. Gavrilov — Professor, Doctor of Science (Law).

V.A. Krymov — Candidate of Science (Law), Leading Researcher.

Yu.V. Shpagina — Candidate of Science (Law), Senior Lecturer.

Статья поступила в редакцию 07.03.2021; одобрена после рецензирования 19.05.2021; принята к публикации 26.08.2021.

The article was submitted 07.03.2021; approved after reviewing 19.05.2021; accepted for publication 26.08.2021.

Научная статья

УДК: 343

DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.140.163

Юридическое лицо как средство, способ и орудие совершения преступления



Виолетта Валерьевна Бальжинимаева

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
101000 Россия, Москва, Мясницкая ул., 20., vbalzhinimaeva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3832-7151>



Аннотация

Наиболее известным спором, касающимся включения юридического лица в уголовно-правовое регулирование, стала дискуссия о возможности его уголовной ответственности. Аргументация строилась вокруг разного понимания сущности юридического лица: фикции или реальности. Однако со временем стали рассматриваться другие способы проявления юридических лиц в орбите уголовного права. В частности, юридическое лицо предложили рассматривать не как субъект преступления, а как средство, способ или орудие совершения преступления. Аргументация исследователей, сторонников и противников этого предложения рассматривается в данной статье. Мы также обращаемся к судебной практике, чтобы оценить, как отражается такой подход к юридическому лицу в реальной правоприменительной деятельности. В качестве орудия юридическое лицо предлагают рассматривать сторонники его фиктивной сущности. Противники такого подхода указывают, что орудие — это всегда реальный материальный предмет, которым юридическое лицо не является. Однако этот аргумент не мешает судам на практике признавать юридические лица орудием совершения преступления. В таких случаях реальность организации не берется в расчет судом, поскольку он при принятии решения фокусируется исключительно на физическом лице. Некоторые исследователи предлагают рассматривать юридическое лицо как фикцию в качестве средства совершения преступления. Однако средством совершения преступления в данном случае становится не юридическое лицо в целом, а только его отдельные элементы. Этот подход также находит отражение в судебной практике. Еще одним вариантом проявления юридического лица в уголовном праве становится рассмотрение его как способа совершения преступления. В судебной практике мы видим прямое указание на то, что физическим лицом юридическое лицо было создано с целью совершения преступления. Таким образом, в теоретических работах споры о включении юридического лица в орбиту уголовного права продолжаются. Аргументация в этих спорах базируется на применении теории фикции или теории реальности юридического лица. Анализ судебной практики

показывает, что юридическое лицо регулярно признается в качестве орудия и средства совершения преступления. Однако его самостоятельность игнорируется, а фокус делается на физическом лице как субъекте преступления.



Ключевые слова

юридическое лицо, уголовное право, субъект преступления, теория фикции, теория реальности, фирма-однодневка, средство, способ, орудие

Благодарности: Статья подготовлена с использованием СПС КонсультантПлюс и СПС Гарант.

Для цитирования: Бальжинимаева В.В. Юридическое лицо как средство, способ, орудие совершения преступления // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 1. С. 140–163. DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.140.163.

Research article

Legal Entity as a Means, a Method, a Instrument of Committing a Crime



V.V. Balzhinimaeva

HSE University, 20 Myasnitskaya, Moscow, 101000 Russia, vbalzhinimaeva@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3832-7151>



Abstract

The possible criminal liability of a legal entity is the most famous dispute. Understanding the nature of the legal person as a fiction or reality is the main argument of the parties. Then other approaches to the involvement of a legal entity in criminal law began to be developed. For example, the legal entity is not considered as a perpetrator of crime, but as a means, a method, and a weapon of committing a crime. We will turn to the arguments presented in theoretical approaches on the recognition of a legal entity as a means, a method, a weapon of committing a crime, as well as judicial practice. Legal entity is proposed to be considered not as a perpetrator, but as a weapon of a crime based on the fictitious nature. Opponents of this approach argue that a weapon is always a real material object. However, judicial practice generally shows the recognition of a legal entity as a weapon of a crime. In this case, if an organization is used as a weapon, the reality of its activity is not taken into account. The focus is made only on the individual — the perpetrator of the crime, and the legal entity and its autonomy are ignored. Theoretical approaches suggest that a legal entity should be viewed as a means of committing a crime. But not the legal entity as a whole, but only the institutional-legal forms of legal entities. A legal entity is also recognized as a means of committing a crime in jurisprudence. It is argued that the infrastructure and legal structure of a legal entity is also used as a method of committing a crime. In judicial practice we see a direct indication that a legal entity has been created by an individual for the purpose of committing a crime. In this way, the theories of fiction and reality of a legal entity are used by the parties to the

dispute. Courts directly indicate that the legal entity has been used as a weapon and means of committing a crime, while ignoring its autonomy and focusing on an individual.

Keywords

legal person, criminal law, perpetrator of crime, theory of fiction, theory of reality, shell company, means, method, weapon

Acknowledgments: The article was prepared with using SPS ConsultantPlus and SPS Garant.

For citation: Balzhinimaeva V.V. (2022) Legal Entity as a Means, a Method, a Instrument of Committing a Crime. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 1, pp. 140–163. (In Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.140.163.

Введение

Категория юридического лица, несмотря на разработанность в цивилистической науке, является относительно новым явлением для уголовно-правовых исследований. Наиболее известным в указанном контексте является дискурс об уголовной ответственности юридических лиц, приобретший несколько лет назад весьма острый характер. В современной уголовно-правовой доктрине в отношении юридических лиц продолжается обсуждение перспектив и проблем их уголовной ответственности. Спор о том, может ли юридическое лицо являться субъектом преступления, обладает ли оно собственной волей, может ли нести уголовную ответственность, разделил ученых на тех, кто выступает «за» введение уголовной ответственности юридических лиц, и тех, кто «против». В то же время высказывается мнение о фактическом существовании уголовной ответственности юридических лиц.

Однако в рамках данного спора появились другие представления о проявлении юридического лица в уголовном праве. Так, если оно не может быть субъектом преступления или субъектом ответственности исходя из его фиктивной сущности, то предлагается рассматривать юридическое лицо в качестве средства, способа, орудия совершения преступления. Указанные представления находят отражение в материалах судебной практики.

Для ответа на вопрос о том, может ли категория юридического лица найти себе место в уголовно-правовой доктрине как средство, способ или орудие совершения преступления, необходимо определиться, чем в таком случае является юридическое лицо: какова его сущность?

1. Юридическое лицо в уголовном праве

Объяснению сущности юридических лиц посвящено множество правовых исследований. Работа в данном направлении ведется до сих пор. Одна-

ко обычно такие исследования касаются гражданско-правовых отношений. С учетом уголовно-правового фокуса настоящей работы мы представим рамочное понимание основных теоретических подходов к сущности юридического лица, делая акцент на теории фикции. Это является необходимым для последующего рассмотрения аргументации в исследуемом нами вопросе.

В силу многочисленности точек зрения представляется целесообразным для удобства изложения воспользоваться наиболее распространенной в юридической науке классификацией: юридическое лицо как фикция и как реальный субъект. Исторически теории фикции возникли раньше, чем теории реальности. Авторы, придерживающиеся теории фикции, рассматривают юридическое лицо как абстрактную конструкцию, существующую исключительно в сознании людей, которая создана для достижения определенных целей.

Основоположником теории фикции считается Папа Иннокентий IV, заявивший в XIII в., что корпорацию нельзя отлучить от церкви, поскольку у нее нет души, воли и сознания и что она существует как фикция в воображении людей. Этим заявлением было положено начало пониманию юридического лица как фикции. В дальнейшем теория фикции была развита в XIX в. немецким ученым Фридрихом Карлом фон Савиньи. Согласно Ф.К. Савиньи, учреждения и корпорации, наделяемые правами, создаются для достижения целей, которые не могут быть достигнуты усилиями отдельных людей. Однако права не могут быть бессубъектными, поэтому создается фикция или искусственное лицо — субъект прав [Савиньи Ф.К., 2012: 173–175]. В отечественной правовой науке в середине XIX в. В. Александров рассматривал юридическое лицо в качестве создаваемой законодательной властью юридической фикции [Александров В., 1865: 8–9].

В уголовном праве при рассмотрении вопроса об уголовной ответственности юридических лиц сторонники теории фикции не рассматривали их в качестве субъектов преступления [Герваген Л.Л., 1888: 38]. Например, Н.С. Таганцев отрицал способность юридического лица действовать сознательно и самостоятельно, понимая его в качестве фикции: «Юридические лица всех категорий существуют только как продукт юридического вымысла, возникающего в сложившейся государственной жизни» [Таганцев Н.С., 1902: 371]. Следует отметить, что такой подход на текущий момент остается господствующим в российской теории уголовного права.

Таким образом, юридическое лицо в рамках теории фикции понималось в качестве инструмента в руках человека, созданного для достижения имущественных целей. Однако со временем начали появляться и разрабатываться теории о наличии у юридического лица собственной воли. Изменение взглядов ученых относительно реальности юридического лица стало следствием развития экономики, производства и технического прогресса. Число юри-

дических лиц радикально возросло, их значение для общественной жизни существенно увеличилось. Представление о сути юридического лица также изменилось: теперь ему стали придавать черты антропоморфности.

Одной из первых и основных теорий, понимающих юридическое лицо как реальный субъект, стала теория реального союза или органическая теория Отто фон Гирке. В дальнейшем подобный подход был поддержан и развит многими учеными (Д.М. Генкин, А.В. Венедиктов, Ю.К. Толстой и др.). В теории реальности юридические лица — это реальные субъекты, обладающие волей, сознанием, интересами.

На текущий момент среди ученых встречаются как приверженцы теории фикции, так и теории реальности. Продолжается процесс разработки данных теорий, а также предложения альтернативных подходов к пониманию юридического лица.

К подходам, объясняющим сущность юридического лица, обращаются не только в рамках гражданско-правовых отношений. Так, к теории реальности или фикции традиционно обращаются в спорах о возможности уголовной ответственности юридического лица. На текущий момент в качестве субъекта преступления в российском уголовном праве понимается исключительно физическое лицо. Однако авторы приводят доводы в пользу реальной составляющей юридического лица, которая позволяет рассматривать его наравне с физическим лицом. Среди аргументов «за» введение уголовной ответственности организаций указываются масштаб, влияние и последствия их деятельности. Юридические лица — основа политической, социальной, экономической и правовой системы, они способны совершить деяния, обладающие повышенной общественной опасностью [Антонова Е.Ю., 2009: 5]. В такой ситуации препятствием для введения уголовной ответственности юридических лиц называют лишь «страх перед неизведанным, боязнь «испортить» уголовное законодательство», поскольку уголовную ответственность традиционно связывают только с физическими лицами [Минин Р.В., 2008: 17].

В рамках данного спора одним из основных является вопрос установления вины юридического лица — наиболее важная проблема в уголовной ответственности физических лиц. Например, некоторые авторы понимают ее как психологическое отношение коллектива организации к содеянному, определяемое по доминирующей воле (при этом устанавливая вину следует только в материальных составах преступлений) [Комоско А.А., 2007: 13]. В то же время предлагается различать субъект преступления и субъект уголовной ответственности, понимая под субъектом преступления только физическое лицо. В таком случае вину юридического лица определяют через «субъективное отношение к противоправному деянию его участников (членов) или служащих, действовавших в рамках своих полномочий» [Абашина Л.А., 2008: 9].

Другие авторы, напротив, выражают свое несогласие с концепцией разделения понятий «субъект преступления» и «субъект уголовной ответственности». Основным аргумент заключается в том, что деяние юридического лица является фикцией, как и само юридическое лицо [Иванцов П.П., 2001: 7–8].

В целом в российской уголовно-правовой науке прослеживается господствующее положение теории фикции: «юридическое лицо, якобы совершившее преступление, не более чем уголовно-правовая фикция» [Лебедев С.Я., 2017: 28]; «с юридической фикции, не имеющей физического тела, сознания и психики, взять нечего, кроме имущества (в том числе денежных средств)» [Зырянов С.М., 2015: 84]; «главным ментальным препятствием» в вопросе введения института уголовной ответственности юридических лиц «является доминирующее положение теории фикции в отечественном правоведении» [Квашис В.Е., Случевская Ю.А., 2016: 86]. Однако встречаются исследователи уголовного права, придерживающиеся теории реальности. Например, И.А. Клепицкий указывает, что юридическое лицо обладает возможностью участвовать в экономической жизни, реализуя свои корпоративные интересы: «То обстоятельство, что корпорация — не Божье и не природное творение, а продукт человеческой культуры, тварь искусственная, а не естественная, не должно приниматься в расчет при определении прав и обязанностей корпорации, в том числе в рамках уголовного права» [Клепицкий И.А., 2013: 45].

Представленные фундаментальные подходы к сущности юридического лица являются отправной точкой для рассмотрения категории юридического лица в современном уголовном праве России. За рамками дискуссии о юридическом лице как о субъекте преступления для него определяются и другие потенциальные проявления в уголовно-правовом контексте. Пожалуй, наиболее неожиданным включением юридического лица в орбиту уголовного права стали предложения о возможности его рассмотрения в качестве средства, способа и даже орудия совершения преступления.

2. Юридическое лицо как орудие совершения преступления

2.1. Теоретические подходы к рассмотрению юридического лица как орудия совершения преступления

О возможности использовать юридическое лицо в качестве орудия преступления стали говорить, в первую очередь, в рамках дискуссии об уголовной ответственности юридических лиц. Фикция не может быть субъектом преступления, однако очевидна значимость организаций для многих сфер жизни общества. Это не позволяет игнорировать их в уголовном праве. По этой причине появилось альтернативное решение: если не признавать юридические лица субъектами преступления, их можно рассматривать в каче-

стве орудия преступления [Бастрыкин А.И., 2015: 3–6]; [Крохина Ю.А., 2015: 41–44]; [Смирнов Г., 2014: 17–24].

Стоит подчеркнуть, что размышления о юридическом лице как субъекте преступления построены на антропоморфном понимании юридического лица как субъекта, обладающего собственной волей и, следовательно, способного нести уголовную ответственность. Признание юридического лица орудием позволяет использовать теорию фикции: раз юридическое лицо — не более, чем правовой инструмент, используемый физическими лицами в гражданском обороте, то и в уголовном праве оно является инструментом, который используется физическим лицом, т.е. является орудием [Богданов Е.В., 2017: 377]. Некоторые авторы допускают двойственное положение юридического лица. В некоторых зарубежных странах оно подлежит уголовной ответственности, если преступление совершено сотрудником организации в интересах организации или с ее помощью (юридическое, а не физическое лицо явным образом выступает как субъект преступления). Однако если преступление совершено с помощью юридического лица, физическое лицо явным образом является субъектом преступления, а юридическое лицо — орудием [Абрамян Т.А., 2018: 59–63].

В отечественной науке уголовного права Е.Ю. Курицина одной из первых предложила рассматривать юридическое лицо в качестве орудия преступления. Она отмечает, что юридическое лицо используется для достижения преступной цели, делая возможным совершение преступления или его сокрытие. Тем не менее, автор приходит к справедливому выводу, что подобную ситуацию можно назвать «правовым парадоксом», поскольку «орудием преступления признаются предметы, которые использовались для достижения преступной цели» [Курицина Е., 2001: 42–43]. Юридическое лицо к материальным предметам отнести нельзя, но при совершении преступления оно выполняет аналогичную функцию. Данная позиция получила дальнейшую поддержку и развитие: С.В. Шолохов как орудие преступления предложил рассматривать коммерческую организацию [Шолохов С.В., 2003: 13–14].

Среди прочего указывается целесообразность дать следователю право признавать постановлением юридическое лицо в качестве орудия преступления и «налагать арест на его имущество в порядке части 1 статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, а также право суда в приговоре принять решение о конфискации имущества данного юридического лица в порядке статьи 104¹ УК РФ и его ликвидации (исключении из Единого государственного реестра юридических лиц)» [Соловьев И.Н., 2016: 34–41]. Предлагается также предусмотреть в УПК РФ возможность признания юридического лица специфическим орудием преступления и закрепить процедуру ликвидации юридического лица, признанного судом орудием преступления.

Особенно значимым является признание фиктивных юридических лиц орудием совершения преступления с дальнейшим применением ареста, конфискации имущества или прекращения деятельности такого юридического лица на основе судебного решения [Савенков А.Н., 2016: 78–91]; [Смирнов Г., 2014: 17–24]; [Сычев П.Г., 2014: 80–92]. Это связано с тем, что такие лица явно не обладают субъектностью и создаются и используются с противоправными намерениями.

Вместе с тем, многие ученые не соглашаются с концептом признания юридического лица орудием преступления. Основным аргументом в данном споре по-прежнему является понимание сущности юридического лица как фикции. Орудие — это всегда «овеществленный и материальный предмет», в отличие от которого организация представляет собой существующую в сознании логическую конструкцию [Висков Н.В., 2006: 2–5]. Коллектив людей не может быть орудием преступления: любая организация сама по себе является фикцией, потому что она состоит из коллектива людей, а каждый из членов такого коллектива — субъект уголовной ответственности. Более того, при отрицании человеческих и имущественных компонентов юридического лица, мы получаем не понимание юридического лица как орудия преступления, а отсутствие субъекта как такового [Цепов Г.В., 2017: 86–100].

Неожиданна точка зрения В.В. Качалова, который предлагает рассматривать физическое лицо как орудие юридического лица: «Фактически юридическое лицо может совершать преступления посредством использования физических лиц, которые выступают своеобразными живыми орудиями, правда, орудиями разумными, могущими нести уголовную ответственность и самостоятельно. Таким образом, юридическое лицо в целом может совершить преступление. Какое конкретно — это вопрос выбора определенной модели ответственности из выработанных теорией или зарубежной практикой либо формирования новой, специфической модели» [Качалов В.В., 2016: 32–40].

Таким образом, спор о возможности признания юридического лица в качестве орудия совершения преступления сводится, прежде всего, к размышлениям о сущности юридического лица: является ли оно фикцией или реальностью. Представление о фиктивной сущности используется как сторонниками, так и противниками рассмотрения организации в качестве орудия.

2.2. Юридическое лицо как орудие совершения преступления в законодательстве и судебной практике

До недавнего времени законодательство не содержало норм, которые бы позволяли однозначно рассматривать юридическое лицо как орудие, средство или способ совершения преступления. Однако ситуация изменилась

с принятием Федерального закона от 01 апреля 2020 г. № 73-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 28.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Примечание к ст. 210 УК РФ было дополнено п. 1, согласно которому учредители, участники, руководители, члены органов управления и работники организации, зарегистрированной в качестве юридического лица, и (или) руководители, работники ее структурного подразделения не подлежат уголовной ответственности только в силу организационно-штатной структуры организации и (или) ее структурного подразделения и совершения какого-либо преступления в связи с осуществлением ими полномочий по управлению организацией либо в связи с осуществлением организацией предпринимательской или иной экономической деятельности, за исключением случая, когда эти организация и (или) ее структурное подразделение были заведомо созданы для совершения одного или нескольких тяжких или особо тяжких преступлений.

Появление данного примечания — это стремление исключить формальный подход в случае применения ст. 210 УК РФ, поскольку ранее неоднократно отмечалась квалификация следственными органами действий руководства и работников юридического лица как совершенных преступным сообществом для увеличения «тяжести» экономических преступлений. Сама структура юридического лица, система сложившихся в нем взаимоотношений расценивалась как деятельность преступного сообщества¹. Однако данное примечание не применяется в случае, когда организация и (или) ее структурное подразделение были заведомо созданы для совершения одного или нескольких тяжких, или особо тяжких преступлений. Установлением данного исключения законодатель признал тот факт, что юридическое лицо может быть орудием, средством, способом совершения преступления.

Отмечается безуспешность попытки законодателя ограничить применение ст. 210 УК РФ: «Вместе с тем анализ судебной практики говорит о том, что во многих случаях органы следствия и сейчас считают фигурирующих в уголовных делах юридических лиц как “заведомо созданных” с целью совершения тяжких преступлений экономической направленности. В связи с этим остается проблема в том, что установление в уголовном деле факта использования в преступлении юридического лица будет по-прежнему формально трактоваться следственными органами как деятельность преступного сообщества»².

¹ Внесены изменения в Уголовный кодекс относительно преступлений в сфере экономической деятельности. Юридическая фирма «Щекин и партнеры». Подготовлен для системы «КонсультантПлюс», 2020 // СПС «КонсультантПлюс».

² Там же.

Однако в судебной практике регулярно встречаются случаи признания юридического лица орудием совершения преступления. При этом, если организация использовалась в качестве орудия, реальность ее деятельности не берется в расчет, поскольку основная цель — через юридическое лицо «добраться» до физического лица и наказать его.

Ниже представлена судебная практика, в которой юридические лица явным образом называются орудием совершения преступления. Во всех представленных случаях юридическое лицо расценивается судом в виде инструмента достижения цели, части преступного плана физического лица. Для суда не имеет значения, стало ли орудием реально осуществляющее свою деятельность юридическое лицо с хорошей деловой репутацией или фирма-однодневка, оформленная на подставных лиц. Рассмотрим каждый случай более подробно.

Например, в деле, где юридическое лицо использовалось субъектом преступления в качестве орудия и создавалось через подставных лиц, суд указал, что оно было частью разработанной физическим лицом схемы. Так, Л. и А. осуждены по ч. 4 ст. 159 УК РФ. Л. являлся инициатором и руководителем преступной группы. Он подыскивал соучастников, разработал первоначальную общую схему совершения мошенничеств, предоставил в распоряжение организованной группы печать, учредительные, уставные, бухгалтерские и иные документы ООО — заранее созданной по заказу и на денежные средства Л. организации, оформленной на подставное лицо, использовавшейся в качестве орудия преступления при совершении преступлений и официального прикрытия преступной деятельности организованной преступной группы³.

В другом деле физическое лицо осуществляло непосредственное реальное руководство созданным юридическим лицом – орудием преступления. Так, В. был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 159 УК РФ; К. была признана виновной в совершении преступлений, предусмотренных ч. 4 и ч. 2 ст. 159 УК РФ. Согласно разработанной схеме, предполагалось привлечение денежных сбережений физических лиц путем заключения договоров займа (вкладов) в ООО. Судом установлено, что денежные средства вкладчиков поступили в распоряжение В. и К., они ими пользовались и распоряжались по своему усмотрению в личных целях и в интересах общества (уплата необходимых платежей), созданного как орудие для хищения денег. В это же время с января 2012 г. К. самостоятельно, без участия В., занималась такой же деятельностью по привлечению денежных средств вкладчиков в другое, созданное ею общество (ООО «МА»), руково-

³ Апелляционное определение Московского городского суда от 10.02.2014 по делу № 10-784/2014. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

дя, согласно ее показаниям, данной деятельностью единолично. В данном случае юридическое лицо, якобы осуществляющее свою деятельность по принципу сетевого маркетинга, являлось орудием преступления⁴.

Иногда орудием признаются реально существующие юридические лица, не создаваемые с преступными намерениями. Такие юридические лица, наоборот, могут выбираться по причине наличия хорошей деловой репутации. Например, Р. был осужден по ч. 4 ст. 159 УК РФ. По предложению организатора Р. вступил в созданное преступное сообщество. Организатор разработал первоначальную общую схему совершения мошенничеств, предоставил в его распоряжение печать, учредительные, уставные, бухгалтерские и иные документы ЗАО — организации, использовавшейся в качестве орудия преступления при совершении преступлений и официального прикрытия преступной деятельности. ЗАО в качестве орудия преступления было выбрано в связи с тем, что указанная организация длительное время работала на строительном рынке и имела хорошую деловую репутацию. Таким образом, в данном случае юридическое лицо не создавалось изначально в качестве орудия преступления, но признано судом орудием⁵.

Иногда используется фиктивное юридическое лицо, которое ведет хозяйственную деятельность строго определенное время, необходимое для совершения преступления. Д.А.В., О.А.В., Д.Г.В. и Т.К.А. признаны виновными в совершении преступления, предусмотренного п. «а» ч. 2 ст. 171 УК РФ. О.А.В. являлся одним из организаторов преступления, контролировал деятельность отдельных фиктивных юридических лиц, подконтрольных членам организованной преступной группы и использовавшихся для транзитного перечисления денежных средств. О.А.В. приобретал пакеты учредительных документов и печатей фиктивных предприятий, обеспечивал открытие их банковских счетов; контролировал перечисление находившихся на счетах указанных предприятий денежных средств; контролировал деятельность неустановленных соучастников и неосведомленных исполнителей по осуществлению приобретения реквизитов предприятий, открытия банковских счетов и использованию их для совершения незаконных банковских операций.

Д.А.В., О.А.В., Д.Г.В. и Т.К.А. не зарегистрировали в установленном законом порядке юридическое лицо, являющееся кредитной организацией, банком или небанковской кредитной организацией, которое должно иметь специальное разрешение (лицензию) на осуществление банковской деятельности. О.А.В. совместно с Д.А.В. подыскивал помещения для деятельности органи-

⁴ Приговор Псковского городского суда от 24.02.2014 по делу № 1-12/2014. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

⁵ Приговор Московского городского суда от 19.08.2010 по делу № 2-66/10. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

зованной группы; вовлек в состав организованной группы Т.К.А. и Д.Г.В.; нашел исполнителей для ведения в течение определенного периода времени банковских счетов и составления налоговой отчетности фиктивных юридических лиц, используемых в качестве орудий совершения преступления⁶.

Юридическое лицо-орудие в принципе может не вести хозяйственной деятельности. Суд пришел к выводу, что с целью уклонения от уплаты налога С. при неустановленных обстоятельствах подготовил договоры и первичные бухгалтерские документы, включая акты выполненных работ, справки о стоимости выполненных работ, локальные сметные расчеты, использовал в качестве орудия преступления подставные фирмы, реквизиты и расчетные счета которых были предоставлены ему неустановленными лицами, достоверно зная, что данные организации не обладали фактическими функциями и признаками юридического лица⁷.

Исходя из представленной судебной практики можно сделать вывод, что при признании юридического лица орудием основной фокус всегда приходится только на физическое лицо. Для суда и разрешения дела не имеет значения, вело ли юридическое лицо реальную деятельность или целенаправленно создавалось для совершения преступления.

3. Юридическое лицо как средство совершения преступления

В продолжение спора о непризнании абстрактной конструкции орудием преступления юридическое лицо в теоретических подходах предлагается рассматривать как средство совершения преступления.

В первую очередь, в теории юридическое лицо понимается как средство для достижения преступной цели во всех видах мошенничества [Минин Р.В., 2016: 97–104]. Средством совершения преступления может признаваться не юридическое лицо в целом, а только организационные формы юридических лиц — средства совершения преступления, поскольку они «обеспечивают достижение преступной цели, при условии, что были созданы с этой же целью и являются промежуточным звеном на пути к преступному результату» [Хлус А.М., 2018: 24–32]. К средствам совершения экономического преступления также относят отдельные материальные объекты или атрибуты юридического лица: печати, документы, технические средства, помещения и т.д. [Воронкевич С.А., 2008: 319].

⁶ Апелляционный приговор Московского городского суда от 26.03.2015 по делу № 10-3271/15. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

⁷ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Пермского краевого суда от 27.01.2011 по делу № 22-95/2011. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

В качестве примера можно рассмотреть ст. 159¹ УК РФ, где в том числе отмечается использование юридического лица в качестве средства совершения преступления. Речь идет про заключение кредитного договора заемщиком, маскирующим мошенническую схему. Если в качестве заемщика выступает юридическое лицо, возглавляемое виновным физическим лицом, то юридическое лицо в подобной ситуации выступает в качестве средства совершения преступления [Розенко С.В., 2015: 84–85]; [Яни П.С., 2015: 47–52]. Однако если юридическое лицо изначально создавалось с целью осуществления преступной деятельности либо не осуществляло какую-либо деятельность, «а было использовано только как средство совершения преступления, содеянное следует квалифицировать по общей норме ст. 159 УК РФ. Также необходимо квалифицировать случаи мошенничества, если юридическое лицо отсутствовало (не зарегистрировано либо ликвидировано), а виновный лишь использовал при представлении кредитору заведомо поддельные документы, содержащие реквизиты несуществующей организации»⁸.

В судебной практике юридическое лицо также зачастую признается средством совершения преступления. Обычно таковым признается не фиктивное, а реально осуществляющее свою деятельность юридическое лицо. Например, Е. был признан виновным в совершении преступлений, предусмотренных ч. 3 ст. 159 УК РФ. Он являлся руководителем ООО, полностью контролировал хозяйственную, финансовую, бухгалтерскую и отчетную деятельность, в том числе движение денежных средств на его расчетном счете и составление отчетных документов и использовал ООО как средство совершения преступления⁹.

В другом деле А. был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного п. «б» ч. 2 ст. 199 УК РФ. Он являлся генеральным директором ООО, которое использовал как средство совершения преступления¹⁰. Л. был признан виновным в совершении преступлений, предусмотренных ч. 3 ст. 159 УК РФ. Он использовал ООО как средство совершения преступления в разработанной им схеме безвозмездного изъятия чужого имущества в свою пользу за счет незаконного использования права на возмещение из бюджета РФ налога на добавленную стоимость¹¹.

⁸ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) (9-е издание, переработанное и дополненное) / под ред. Г.А. Есакова. М.: «Проспект», 2021 // СПС КонсультантПлюс.

⁹ Приговор Петрозаводского городского суда Республики Карелия от 6.12.2017 по делу № 1-797/2017. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

¹⁰ Приговор Петрозаводского городского суда Республики Карелия от 2.06.2017 по делу № 1-1019/2016. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

¹¹ Приговор Петрозаводского городского суда Республики Карелия от 19.08.2013 по делу № 1-580/2013. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

В приведенной судебной практике мы также наблюдаем акцент только на физическом лице: организация «использовалась», «была частью схемы» и т.д. Более того, в качестве средства совершения преступления в приговоре наряду с документом указывается юридическое лицо. Так, Д. был признан виновным в совершении преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 195 и ч. 3 ст. 30, ч. 1 ст. 195 УК РФ; А. был признан виновным в совершении преступлений, предусмотренных ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 195 и п. «б» ч. 4 ст. 174.1 УК РФ. Д. являлся генеральным директором юридического лица, имевшего признаки банкротства и задолженность перед кредиторами. Д. вступил в сговор с А., направленный на отчуждение имущества для уменьшения конкурсной массы. Суд установил, что А. предоставил Д. средства совершения преступления — ООО и дефектовочный акт на сортировочную установку для отчуждения имущества по заведомо заниженной стоимости. В результате указанных действий кредиторы лишились возможности обратиться за взысканием на данное имущество¹².

Средством совершения преступления также признаются юридические лица, которые были созданы через подставных лиц или специально создавались для преступной деятельности. И. была признана виновной в совершении преступлений, предусмотренных ч. 3 ст. 159 УК РФ. Суд в приговоре указал, что И. использовала юридические лица в качестве средства совершения преступления. Использовалось ООО1, в котором И. являлась фактическим руководителем, т.е. лицом, выполняющим управленческие и организационно-распорядительные функции, руководящим, в том числе действиями генерального директора и главного бухгалтера. Следовательно, И. полностью контролировала финансовую и хозяйственную деятельность ООО1. Руководимое И. ООО1 осуществляло реальную деятельность по производству и реализации лесопроductии на экспорт. ООО1 имело право в соответствии со ст. 165 Налогового кодекса РФ производить налогообложение по налоговой ставке 0% с обязательным представлением в налоговые органы документов, подтверждающих факт приобретения товара. И. ввела в схему хищения денежных средств организацию ООО2, также осуществляющую реальную деятельность по реализации лесопроductии, генеральным директором которой являлся ее знакомый. И. использовала другие коммерческие организации как средство совершения преступления. Для обналичивания денежных средств с использованием реквизитов ряда зарегистрированных для этих целей коммерческих организаций она обратилась к знакомой с просьбой о предоставлении реквизитов таких организаций¹³.

¹² Приговор Куйбышевского районного суда г. Омска от 15.05.2019 по делу № 1-22/2019. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

¹³ Приговор Сортавальского городского суда Республики Карелия от 27.02.2019 по делу № 1-14/2019. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

В другом деле после признания юридического лица средством совершения преступления был наложен арест на его акции, т.е. судом игнорируется самостоятельность юридического лица. В соответствии с материалами дела по признакам преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 159 УК РФ, возбуждено уголовное дело в отношении неустановленных лиц, в рамках которого потерпевшим признано ОАО «Российские железные дороги» в лице Центральной дирекции по ремонту пути ОАО «РЖД», в связи с причинением ему ущерба на сумму не менее 93 млн рублей. В качестве обвиняемых по уголовному делу привлечены М.Е.И, К.А.Б, Б.В.В, В.С.Г. Согласно предъявленному обвинению, организованная преступная группа для финансирования своей деятельности, а также в качестве средств совершения преступлений использовала юридические лица, в том числе АО, АО и ЗАО, учредителями и участниками которых являются подконтрольные В.С.Г. физические и юридические лица, действующие в интересах последнего, а также в интересах организованной преступной группы. Принимая во внимание, что предварительное следствие по делу не закончено, а основания наложения ареста на акции АО, АО и ЗАО не отпали и не изменились, суд первой инстанции пришел к выводу о том, что имеются основания для продления срока ареста акций указанных юридических лиц, реестродержателем которых является АО «ВТБ Регистратор», в виде наложения запрета собственникам и иным владельцам акций на распоряжение и использование ими, в том числе на увеличение и уменьшение размера уставного капитала, проведение реорганизации, ликвидации, замену участников или учредителей¹⁴.

Таким образом, в теории уголовного права юридическое лицо как абстрактную конструкцию предлагается рассматривать в качестве средства совершения преступления в большей степени в мошеннических схемах. Некоторые авторы отстаивают позицию, что организационные формы или материальные атрибуты являются средством совершения преступления. Этот подход нашел отражение в правоприменительной практике: средством совершения преступления признается юридическое лицо и как реально осуществляющее свою деятельность, и как специально созданная фиктивная организация. Акцент по-прежнему делается на физическом лице: всегда указывается, что физическое лицо «использовало» юридическое лицо, которое было частью разработанной преступной схемы. Более того, в качестве средства совершения преступления юридическое лицо указывается наряду с документом.

¹⁴ Апелляционное постановление Московского городского суда от 20.02.2019 по делу № 10-2639/2019. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

4. Юридическое лицо как способ совершения преступления

В контексте рассматриваемого вопроса следует упомянуть, что инфраструктура и правовая оболочка юридического лица, по мнению некоторых авторов, также используются как способ совершения преступления [Головки Л.В., 2017: 105–114]. Следует, однако, отметить, что использование фирм-однодневок считается наиболее распространенным способом совершения налоговых преступлений [Соловьев И.Н. и др., 2017: 58–70]. Нельзя не согласиться с указанным мнением. Действительно, такие фирмы всегда создаются как часть преступной схемы или способ достижения преступной цели.

О юридическом лице, отвечающем признакам фирмы-однодневки, говорится в п. «г» ч. 2 ст. 193 и п. «в» ч. 2 ст. 193¹ УК РФ. Таким образом, «при совершении преступлений, предусмотренных ст. 193 и ст. 193¹ УК РФ, могут использоваться фирмы, имеющие признаки однодневок, как на стороне резидента, так и на стороне его иностранных контрагентов» [Ляскало А.Н., 2017: 67–76]. Рассмотрим более подробно, что включает в себя понятие «фирма-однодневка». К признакам таких фирм, как правило, относят отсутствие самостоятельности, отсутствие цели ведения предпринимательской деятельности, непредставление налоговой отчетности, нахождение по адресу массовой регистрации, создание исключительно в преступных целях [Артемов Н.М. и др., 2016: 88]. Следовательно, можно говорить о фактическом признании в теории уголовного права и законодателем создания большого количества юридических лиц с целью осуществления противоправных финансовых и имущественных операций [Белоусов Д.М., 2015: 11–14].

Эту позицию поддерживает судебная практика. Здесь мы увидим прямое указание на то, что физическим лицом юридическое лицо было создано с целью совершения преступления, что им (физическим лицом) создавалась видимость законной предпринимательской деятельности. В правоприменительной практике также отсутствует указание на самостоятельность и реальность юридического лица.

Судебной практикой указываются характеристики фирмы-однодневки. Например, в деле суд указал, что ООО относилось налоговым органом к «фирмам-однодневкам» или недобросовестным налогоплательщикам ввиду наличия соответствующих признаков: массового учредителя, массового директора, массового адреса регистрации)¹⁵. В другом деле судом дано более подробное определение фирмы-однодневки — это фирма, которая создана в интересах реального выгодоприобретателя, т.е. организация, не имеющая

¹⁵ Апелляционное постановление Псковского областного суда от 13.07.2020 по уголовному делу № 1-87/2019 . Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

материально-технической базы, работников, какого-то имущества движимого, недвижимого, характеризующаяся наличием операций по расчетным счетам по выводу денег, либо транзитность операций. Фактически это организация, существующая только на бумаге и не осуществляющая реальной деятельности, не участвует в реальных сделках с выгодоприобретателем¹⁶.

Юридические лица, отвечающие признакам фирмы-однодневки, используются для создания видимости законной деятельности. Так, Н. среди прочего признана виновной в совершении преступления, предусмотренного п. «г» ч. 2 ст. 193 УК РФ. Н. была назначена на должность директора юридического лица, созданного неустановленными лицами для совершения одного преступления, связанного с проведением финансовых операций. Был заключен договор с другим юридическим лицом, предметом которого являлась поставка технологического оборудования и товаров народного потребления. Согласно заключенному с другим юридическим лицом договором, товар приобретается фирмой на территории Республик Беларусь и Казахстана и поставляется на территорию Российской Федерации без ввоза на территорию Эстонии. Н., осознавая, что действует незаконно, фактически не заключала договора и не осуществляла никакой финансово-хозяйственной деятельности ООО, направленной на реальное получение товара по данному контракту. Таким образом, только создавалась видимость законной предпринимательской деятельности¹⁷.

В другом деле Р. среди прочего был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного п. «г» ч. 2 ст. 193 УК РФ. Здесь мы также можем увидеть, что юридические лица специально «подбирались», «создавались», «учреждались» физическим лицом. Так, Р. предполагал создать в г. Москве зарегистрированные и специально подобранные подставные юридические лица, предназначенные исключительно для совершения преступлений, связанных с проведением финансовых операций и других сделок с денежными средствами или иным имуществом. Р. планировал составлять от имени созданных фирм-однодневок заведомо поддельные импортные контракты с оффшорной компанией и открывать в соответствующих банках РФ паспорта импортной сделки. Действуя согласно указанному плану, Р. приискал неосведомленных о его преступных намерениях Т. и Н., не имеющих возможностей, намерений и специальных навыков для занятия предпринимательской деятельностью, и с их помощью учредил заведомо подставные ООО¹⁸.

¹⁶ Приговор Сыктывкарского городского суда Республики Коми от 08.07.2020 г. по уголовному делу № 1-11/2020 . Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

¹⁷ Приговор Советского районного суда г. Уфы от 13.02.2017 по уголовному делу № 1-397/2016. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

¹⁸ Приговор Кузьминского районного суда г. Москвы от 21.01.2016 по уголовному делу № 1-40/16 1с. Available at: URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 12.02.2022)

Отмечается, что «фиктивная фирма почти всегда становится средством совершения преступления, а ее использование при совершении преступления — способом реализации преступного умысла» [Рожавский З.Д., 2017: 85–88]. Поэтому ст. 173¹ УК РФ является препятствием для увеличения количества фирм-однодневок, руководители которых — номинальные физические лица, в то время как конечные бенефициары используют данные фирмы в противозаконных целях¹⁹. Статья 173² УК РФ — это способ контроля результатов реорганизации, проводимой с изначально противоправными намерениями (в форме умысла), при этом подтверждением противоправных намерений является регистрация юридического лица на подставных лиц, дальнейшая его реорганизация «или привлечение подставных лиц для рейдерского захвата организации с использованием реорганизации как средства (или одного из средств) неправомерного захвата имущества» [Габов А.В., 2014: 807–817].

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 07 июля 2015 г. № 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» впервые перечислены операции и их обстоятельства, относящиеся к целям придания правомерного вида, большая часть операций связана с фирмами-однодневками, офшорами, обналичиванием и выводом денежных средств [Гин-Барисьявичене К., 2015: 2]. Таким образом, в вопросе юридического лица как способа совершения преступления ведущая роль отведена фирмам-однодневкам. Характеристики таких фирм разрабатываются как в теории уголовного права, так и в судебной практике. В подобных случаях фокус всегда делается на физическом лице, а юридическое лицо выступает как часть преступной схемы.

Заключение

Предложения рассматривать юридическое лицо в качестве средства, способа и орудия совершения преступления возникли в рамках спора о возможной уголовной ответственности юридических лиц. Исходя из традиционного подхода уголовного права только к физическому лицу как субъекту преступления, высказывались аргументы в пользу понимания юридического лица как реальности. Однако доминирующим остается понимание организации как фикции, не обладающей самостоятельной волей. Такое юридическое лицо создается и/или используется для достижения преступной цели.

¹⁹ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: Научно-практический (постатейный). 2-е издание, переработанное и дополненное / под ред. С.В. Дьякова, Н.Г. Кадникова). М.: «Юриспруденция», 2013 // СПС КонсультантПлюс.

Исторически юридическое лицо сначала понимали исключительно как инструмент достижения имущественных потребностей человека, но со временем начали появляться и разрабатываться теории наличия у юридического лица собственной воли. Начало исследованию теории фикции было положено в XIII в., окончательно такое понимание сформировалось в XIX в. Суть здесь заключается в представлении юридического лица как вымысла в воображении людей, не обладающего сознанием и волей. Теория реальности была следствием экономических преобразований конца XIX — начала XX вв. Согласно теории реальности, юридическое лицо обладает сознанием, собственной волей, а также может оказывать реальное воздействие на правоотношения.

Обращение к реальной или фиктивной сущности юридического лица является распространенным аргументом при исследовании вовлечения юридического лица в орбиту уголовного права. Не стал исключением исследуемый нами вопрос.

В современной судебной практике зачастую напрямую указывается, что юридическое лицо является орудием и средством совершения преступления, при этом происходит игнорирование его самостоятельности, т.е. юридическое лицо понимается как фикция. Игнорирование заключается в том, что часто как реальные, так и номинальные юридические лица играют попутную роль в рассуждениях суда, они не наделяются им самостоятельной волей, а рассматриваются как специфический механизм, целиком подчиненный воле физического лица.

Сложившаяся ситуация с пониманием юридического лица в качестве орудия преступления действительно является парадоксальной и противоречивой. В теоретических подходах и рассуждениях мы также видим предложения и аргументы в пользу ликвидации такого юридического лица, конфискации его имущества. Иную позицию мы наблюдаем в судебной практике, где акцент делается только на физическом лице — субъекте преступления, а юридическое лицо и его самостоятельность игнорируются. Для суда и разрешения дела не имеет значения, вело ли юридическое лицо реальную деятельность или создавалось специально для совершения преступления.

В продолжение спора о непризнании абстрактной конструкции орудием преступления (т.е. материальным, овеществленным предметом) юридическое лицо в теоретических подходах понимается как средство совершения преступления. Только не юридическое лицо в целом, а его организационные формы, материальные объекты или атрибуты: печати, документы, технические средства, помещения и т.д. В судебной практике юридическое лицо также признается средством совершения преступления, но игнорируются его самостоятельность и реальность: например, организация наравне с документом упоминается в качестве средства совершения преступления.

Инфраструктуру, правовую оболочку юридического лица, фирмы-однодневки также относят к способу совершения преступления. В отношении фирм-однодневок речь идет о фактическом признании со стороны законодателя создания большого количества юридических лиц с целью осуществления противоправных финансовых и имущественных операций. Позиция законодателя подтверждается судебной практикой. Здесь мы видим прямое указание на то, что физическим лицом юридическое лицо было создано с целью совершения преступления, что им (физическим лицом) создавалась видимость законной предпринимательской деятельности.

С учетом изложенного следует сделать вывод, что в теории уголовного права нет однозначного представления о том, является ли юридическое лицо средством, способом или орудием совершения преступления. Тем не менее, на наш взгляд, категоричность проявляется в понимании организации как фикции, инструменте в руках физического лица. В правоприменительной практике юридическому лицу также отведена второстепенная роль. С одной стороны, суд напрямую указывает, что организация стала орудием, средством совершения преступления или что посредством фирмы-однодневки было совершено преступление. С другой — этим упоминанием ограничивается проявление юридического лица в деле. На сегодняшний день уголовное право по-прежнему фокусируется только на физическом лице как субъекте преступления.



Список источников

1. Абашина Л.А. Юридическое лицо как субъект уголовной ответственности: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2008. 26 с.
2. Абрамян Т.А. Уголовная ответственность юридических лиц: зарубежный опыт и перспектива введения в России // Безопасность бизнеса. 2018. № 2. С. 59–63.
3. Александров В. Учение о лицах юридических, по началам науки (рассуждение студента Императорского Московского Университета, юридического факультета IV курса). М.: Университетская типография (Катков и Ко), 1865. 152 с.
4. Антонова Е.Ю. Ответственность юридических лиц в уголовном праве: аргументы за и против // Уголовное право. 2009. № 5. С. 4–9.
5. Артемов Н.М., Лагутин И.Б., Ситник А.А. и др. Правовое регулирование денежного обращения (Денежное право): монография М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2016. 96 с.
6. Бастрыкин А.И. Защита конституционных прав граждан как основополагающая функция Следственного комитета Российской Федерации // Российский следователь. 2015. № 11. С. 3–6.
7. Белоусов Д.М. Актуальные вопросы расследования незаконного вывода денежных средств за рубеж // Законность. 2015. № 3. С. 11–14.
8. Богданов Е.В. Проблема введения уголовной ответственности юридических лиц: аргументы против // Всероссийский криминологический журнал. 2017. Т. 11. № 2. С. 370–379.

9. Висков Н.В. Предметы преступления, орудия и средства его совершения в аспекте решения судьбы вещественных доказательств // Российский следователь. 2006. № 3. С. 2–5.
10. Воронкевич С.А. Криминалистический анализ структуры экономических преступлений // Право и демократия. 2008. Выпуск 19. С. 314–324.
11. Габов А.В. Теория и практика реорганизации (правовой аспект). М.: Статут, 2014. 880 с.
12. Герваген Л.Л. Развитие учения о юридическом лице. СПб.: типография И.Н. Скороходова, 1888 г. 91 с.
13. Гин-Барисьявичене К. Борьба с однодневками продолжается // ЭЖ-Юрист. 2015. № 29. С. 2.
14. Головки Л.В. Дежавю, или Очередная порция доводов в пользу уголовной ответственности юридических лиц // Закон. 2017. № 8. С. 105–114.
15. Зырянов С.М. К вопросу об уголовной ответственности юридических лиц // Вестник Московского университета МВД России. 2015. № 6. С. 79–85.
16. Иванцов П.П. Проблема ответственности юридических лиц в российском уголовном праве: Автореф. дис. ... к.ю.н. СПб., 2001. 23 с.
17. Качалов В.В. Уголовная ответственность юридических лиц: критический анализ аргументов против // Lex russica. 2016. № 12. С. 32–40.
18. Квашиш В.Е., Случевская Ю.А. Институт уголовной ответственности юридических лиц как новый этап развития уголовного права // Журнал российского права. 2016. № 12 (240). С. 79–90.
19. Клепицкий И.А. Уголовная ответственность корпораций: «за» и «против» / Уголовно-правовое воздействие в отношении юридических лиц: материалы российско-немецкого уголовно-правового семинара (26 июня 2012 г.). М.: Юрлитинформ, 2013. 168 с. С. 36–47.
20. Комоско А.А. Уголовная ответственность юридических лиц: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2007. 30 с.
21. Крохина Ю.А. Совершенствование ответственности юридических лиц как способ обеспечения деофшоризации российской экономики // Российская юстиция. 2015. № 11. С. 41–44.
22. Курицина Е. Юридическое лицо как орудие преступлений // Российская юстиция. 2001. № 2. С. 42–43.
23. Лебедев С.Я. Уголовная ответственность юридического лица такая же правовая фикция, как и само юридическое лицо // Союз криминалистов и криминологов. 2017. № 1–4. С. 26–32.
24. Ляскало А.Н. Квалификация валютных преступлений: вопросы разграничения и совокупности // Уголовное право. 2017. № 5. С. 67–76.
25. Минин Р.В. Институт уголовной ответственности юридических лиц в России: проблемы обусловленности и регламентации: Автореф. дис. ... к.ю.н. Тюмень, 2008. 22 с.
26. Минин Р.В. Формирование перечня преступлений, совершаемых юридическими лицами // Lex russica. 2016. № 10. С. 97–104.
27. Рожавский З.Д. Подставное лицо в контексте преступлений, совершаемых с использованием фирм-однодневок // Современное право. 2017. № 6. С. 85–88.
28. Розенко С.В. Проблемы квалификации и наказуемости специальных составов мошенничества // Уголовное право. 2015. № 5. С. 84–85.

29. Савенков А.Н. Уголовная политика и устойчивость кредитно–финансовой системы // Журнал российского права. 2016. № 9. С. 78–91.
30. Савиных Ф.К. Система современного римского права: В 8 т. Т. II. М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиных, 2012. 573 с.
31. Смирнов Г. Есть ли душа у юридического лица. Корпорации должны нести уголовную ответственность наравне с физическими лицами // Юрист спешит на помощь. 2014. № 8. С. 17–24.
32. Соловьев И.Н. Уголовно–правовая характеристика ст. 173.2 УК РФ с учетом изменений, внесенных Федеральным законом от 30.03.2015 N 67–ФЗ // Российский следователь. 2016. № 3. С. 34–41.
33. Соловьев И.Н., Моисеенко М.А., Поветкина Н.А., Ильин А.Ю., Мироненко Т.В., Атаев Д.А. Выявление налоговых преступлений: комплексное исследование. М.: Проспект, 2017 г. 192 с.
34. Сычев П.Г. Имущественный характер экономических преступлений и соответствующие процессуальные последствия // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2014. № 12 (159). С. 80–92.
35. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. 2-е изд. СПб., 1902. Т. I. 815 с.
36. Хлус А.М. Средства совершения преступлений как элемент их криминалистической структуры // Российское право: образование, практика, наука. 2018. № 1. С. 24–32.
37. Цепов Г.В. Бьют не по паспорту, или Понятия фиктивной организации, подставного лица и фактического руководителя в российской судебной практике // Закон. 2017. № 6. С. 86–100.
38. Шолохов С.В. Коммерческая организация как орудие преступления // Следователь. 2003. № 6. С. 13–14.
39. Яни П.С. Специальные виды мошенничества // Законность. 2015. № 3. С. 47–52.



References

1. Abashina L.A. (2008). *Legal entity as a subject of criminal responsibility. Candidate of Juridical Sciences Summary*. Moscow, 26 p. (in Russ.)
2. Abramyan T.A. (2018) Criminal liability of legal entities: foreign experience and prospects of introduction in Russia. *Bezopasnost' biznesa=Business security*, no 2, pp. 59–63 (in Russ.)
3. Alexandrov V. (1865) The doctrine of legal persons, according to the principles of science (discourse of a student of the Imperial Moscow University, Faculty of Law, IV course). Moscow: University printing house (Katkov and Co.), 152 p. (in Russ.)
4. Antonova E.Yu. (2009) Responsibility of juridical person in criminal law: arguments pro and cons. *Ugolovnoe pravo = Criminal Law*, no 5, pp. 4–9 (in Russ.)
5. Bastrykin A.I. (2015) Protection of constitutional rights of citizens as a fundamental function of the Investigative Committee of the Russian Federation. *Rossijskij sledovatel' = A Russian investigator*, no 11, pp. 3–6 (in Russ.)
6. Belousov D.M. (2015) Pressing issues of investigation into illegal transfer of assets abroad. *Zakonnost' = Legality*, no 3, pp. 11–14 (in Russ.)
7. Bogdanov E.V. (2017) The question of introducing criminal liability for legal entities: arguments against it. *Vserossijskij kriminologicheskij zhurnal = All-Russian Criminological Journal*, vol. 11, no 2, pp. 370–379 (In Russ.)

8. Gabov A.V. (2014) Theory and practice of reorganization (legal aspect). Moscow: Statute. 880 p. SPS ConsultantPlus” (in Russ.)
9. Gin-Barisevichene K. (2015) The fight against one-dayers continues. *EZH-YUrist = EG-Lawyer*, no 29, p. 2. (in Russ.)
10. Golovko L.V. (2017) Deja vu: yet another argument for corporate criminal liability. *Zakon = Statut*, no 8, pp. 105–114. SPS “ConsultantPlus” (in Russ.)
11. Gervagen L.L. (1888) The development of the doctrine of the legal entity. St. Petersburg: printing house of I.N. Skorokhodov, 91 p. (in Russ.)
12. Ivantsov P.P. (2001) The problem of liability of legal entities in Russian criminal law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saint Petersburg, 23 p. (in Russ.)
13. Kachalov V.V. (2016) Criminal liability of legal entities: a critical analysis of arguments against. *Lex russica*, no 12, pp. 32–40. SPS ConsultantPlus (in Russ.)
14. Khilus A.M. (2018) Means of committing crimes as an element of their criminalistic structure. *Rossiiskoe pravo: obrazovanie, praktika, nauka = Russian law: education, practice, science*, no 1, pp. 24–32. SPS Garant (in Russ.)
15. Klepitsky I.A. (2013) Criminal liability of corporations: “for” and “against”. Criminal legal impact on legal entities: materials of the Russian-German criminal law seminar (June 26, 2012). Moscow: Yurlitinform, pp. 36–47.
16. Komosko A.A. (2007) Criminal liability of legal entities. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 30 p. (in Russ.)
17. Krokhnina U.A. (2015) Improving the liability of legal persons as a means of securing the de-offshorisation of the Russian economy. *Rossiiskaya yustitsiya = Russian justice*, no 11, pp. 41–44. SPS ConsultantPlus (in Russ.)
18. Kuritsina E. (2001) A legal entity as an instrument of crimes. *Rossiiskaya yustitsiya = Russian justice*, no 2, pp. 42–43. SPS ConsultantPlus (in Russ.)
19. Kvashis V.E., Sluchevskaya Yu.A. (2016) Institute of criminal liability of the legal entities as a new stage of development of the criminal law. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, no 12 (240), pp. 79–90 (in Russ.)
20. Lebedev S.Ya. (2017) Criminal liability of a legal entity is the same legal fiction as the legal entity itself. *Soyuz kriminalistov i kriminologov = The Union of Criminalists and Criminologists*, no 1–4, pp. 26–32 (in Russ.)
21. Legal regulation of monetary circulation (Monetary law) (2016) N.M. Artemov, I.B. Lagutin, A.A. Sitnik, et al. Moscow: NORMA, 96 p. SPS Garant (in Russ.)
22. Lyaskalo A.N. (2017) Classification of foreign currency crimes: issues of differentiation and accumulation. *Ugolovnoe pravo = Criminal law*, no 5, pp. 67–76 (in Russ.)
23. Minin R.V. (2008) Institute of Criminal Liability of Legal Entities in Russia: problems of conditionality and regulation. Candidate of Juridical Sciences Summary. Tyumen, 22 p. (in Russ.)
24. Minin R.V. (2016) Formation of the list of crimes committed by legal entities. *Lex russica*, no 10, pp. 97–104 (in Russ.)
25. Rozenko S.V. (2015) The problems of classification and punishability of special elements of fraud. *Ugolovnoe pravo = Criminal law*, no 5, pp. 84–85 (in Russ.)
26. Rozhavsky Z.D. (2017) Figurehead in the context of crimes committed with the use of shell companies. *Sovremennoe pravo = Modern Law*, no 6, pp. 85–88 (in Russ.)
27. Savenkov A.N. (2016) Criminal law practices and stability of crediting system. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, no 9, pp. 78–91. SPS ConsultantPlus (in Russ.)

28. Savigny F.K. (2012) The system of modern Roman Law: In 8 vols. Vol. II. Translated from German by G. Zhigulin; Edited by O. Kutateladze, V. Zubar. Moscow: Statute; Odesa: Center for the Study of Law Savigny, 573 p. SPS ConsultantPlus (in Russ.)
29. Sholokhov S.V. (2003) Commercial organization as an instrument of crime. *Sledovatel' = Investigator*, no 6, pp. 13–14 (in Russ.)
30. Smirnov G. (2014) Does a legal entity have a soul? Corporations should be criminally liable on an equal basis with individuals. *Yurist speshit na pomoshch' = Lawyer hurries to help*, no 8, pp. 17–24 (in Russ.)
31. Soloviev I.N. (2016) Criminal law characteristic of art. 173.2 of the Criminal code of the Russian Federation in view of the amendments introduced by Federal law of March 30, 2015 N 67-FZ. *Rossiiskij sledovatel' = A Russian investigator*, no 3, pp. 34–41. SPS ConsultantPlus (in Russ.)
32. Soloviev I.N., Moiseenko M.A., Povetkina N.A., Ilyin A.Yu., Mironenko T.V., Ataev D.A. (2017) Identification of tax crimes: a comprehensive study. Prospect. 192 p. (in Russ.)
33. Sychev P.G. (2014) Property-related economic crime and processing effects. *Imushchestvennyye otnosheniya v Rossijskoj Federatsii = Property relations in the Russian Federation*, no 12 (159). pp. 80–92 (in Russ.)
34. Tagantsev N.S. (1902) Russian criminal law. Lectures. The General part. 2nd ed. Saint Petersburg: University, vol. I, 815 p. (in Russ.)
35. Tsepov G.V. (2017) You are hit in your face, not in your passport, or: concepts of sham company, straw person and shadow director in Russian court practice. *Zakon = Statut*, no 6, pp. 86–100 (in Russ.)
36. Viskov N.V. (2006) Objects of a crime, tools and means of its committing in the aspect of solving the fate of physical evidence. *Rossiiskij sledovatel' = Russian investigator*, no 3, pp. 2–5 (in Russ.)
37. Voronkevich S.A. (2008) Criminalistic analysis of the structure of economic crimes. *Pravo i demokratiya = Law and democracy*, Issue 19, pp. 314–324 (in Russ.)
38. Yani P.S. (2015) Specific types of fraud. *Zakonnost' = Legality*, no 3, pp. 47–52 (in Russ.)
39. Zyryanov S.M. (2015) Administrative responsibility as variety of juridical responsibility. *Vestnik Moskovskogo universiteta MVD Rossii = Bulletin of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia*, no 6, pp. 79–85 (in Russ.)

Информация об авторе:

В.В. Бальжинимаева — аналитик.

Information about the author:

V.V. Balzhinimaeva – analytic.

Статья поступила в редакцию 01.11.2021; одобрена после рецензирования 24.12.2021; принята к публикации 17.01.2022.

The article was submitted to the editorial office 01.11.2021; approved after reviewing 24.12.2021; accepted for publication 17.01.2022.

Научная статья

УДК 340.1

DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.164.179

Правовая категория «преимущественная обязанность»: теория, законодательство, практика

 **Артем Григорьевич Репьев¹, Иван Николаевич Сенякин²**

¹ Академия управления МВД России, 125993 Россия, Москва, ул. Зои и Александра Космодемьянских, 8.

² Саратовская государственная юридическая академия, 410056 Россия, Саратов, ул. Вольская, 1.

¹ repev-artem@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-0718-698X>

² vestnik2@ssla.ru

Аннотация

Цель исследования состоит в попытке сформировать теоретическую модель и технико-юридическую конструкцию правовой категории «преимущественная обязанность» путем углубления имеющихся и получения новых научных знаний об объективных детерминантах ее существования и влиянии на государственно-правовое развитие. Предметом исследования являются закономерности формирования понятия, сущности и значения такой разновидности юридической обязанности, как преимущественная, и правовые нормы, ее закрепляющие. Осуществлено сущностное и содержательное рассмотрение преимущественных обязанностей как с позиции доктрины права, так и законодательства, а также правоприменительной практики. На основе использования многообразия средств научного познания, генеральный из которых выступили диалектический метод, а также формально-юридический подход, путем анализа и толкования норм законодательства, судебной и иной правоприменительной практики аргументируется тезис о наличии признаков парности преимущественных прав и обязанностей, проводится интерпретация последней с позиции доктринального восприятия и технико-юридического употребления, исследуются дефинитивные, сущностные и содержательные аспекты, соотношение с родовыми правовыми категориями (юридическая обязанность, правовое преимущество), проблемы механизма реализации, а также риски (коррупционные, дискриминационные), этим обусловленные. Выявле-

ны характерные признаки преимущественной обязанности и установлены взаимосвязи как со специальным правовым статусом личности в целом, так и с отдельными его структурными элементами, а именно, с юридической ответственностью, правовыми гарантиями. Показана роль преимущественной обязанности в качестве средства снижения противоправного поведения. Приведены доводы, доказывающие наличие в правовой системе России не только негативных моментов, связанных с отступлением от всеобщего равенства, но также и позитивных явлений, вызванных необходимостью установления приоритетов государственно-правового развития. Доказана необходимость дальнейшего исследования преимущественных обязанностей в контексте специального правового статуса личности, специальных правовых режимов. Предпринятые шаги должны способствовать не только повышению эффективности регулирования общественных отношений через систему правовых преимуществ, но и снизить дискриминационные и коррупционные риски, возможности субъективного усмотрения, связанные с изъятиями из общих правовых норм и их дополнением в виде преимущественных обязанностей.



Ключевые слова

правовое преимущество, приоритет, юридическая обязанность, правовой статус, толкование, юридическая техника, нормы-изъятия

Для цитирования: Репьев А.Г., Сенякин И.Н. Правовая категория «преимущественная обязанность»: теория, законодательство, практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 1. С. 164–179. DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.164.179.

Research article

Legal Category “Priority Duty”: Theory, Legislation, Practice



Artem G. Repev¹; Ivan N. Senyakin²

¹ Academy of Management, Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation, 8 Zoi and Alexandre Cosmodemianski, Moscow, 125993 Russia

² Saratov State Law Academy, 1 Volskaya, Saratov, 410056 Russia

¹ repev-artem@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-0718-698X>

² vestnik2@ssla.ru



Abstract

The aim of the study is to attempt to form a theoretical model and a technical and legal design of the legal category “priority duty,” by deepening the existing and obtaining new scientific knowledge about the objective determinants of its existence and the influence on state legal development. The subject of the study is the regularities of the formation of the concept, essence and meaning of such a kind of legal duty as the predominant, legal rules that affirm it. Substantive and informative consideration of preferential duties has been carried out, both from the point of view of the doctrine of law, and from the point of view of historical and modern

legislation, as well as law enforcement practice. Based on the use of a variety of means of scientific knowledge, the general of which was the dialectical method, as well as the formal legal approach, by analyzing and interpreting the norms of legislation, judicial and other law enforcement practice, the thesis is argued about the presence of signs of parity of preferential rights and obligations, the latter is interpreted from the point of view of doctrinal perception and technical and legal use, definitive, essential and substantive aspects, relationship with generic legal categories (legal duty, legal advantage), the problems of the implementation mechanism, as well as the risks (corruption, discrimination) arising therefrom. Characteristic signs of preferential duty have been identified and relationships have been established both with the special legal status of the person as a whole and with its individual structural elements, namely, with legal responsibility, legal guarantees. The role of priority duty as a means of reducing illegal behavior is shown. Arguments are given proving the presence in the legal system of Russia not only of negative points related to the deviation from universal equality, but also of positive phenomena caused by the need to establish priorities for state legal development. The need for further study of priority duties in the context of the special legal status of the individual and special legal regimes has been proved. The steps taken should contribute not only to improving the effectiveness of the regulation of public relations through a system of legal advantages, but also to reducing discriminatory and corruption risks, the possibility of subjective (private) discretion associated with exceptions to general legal norms and their addition in the form of preferential duties.

Keywords

legal advantage, priority, legal duty, legal status, interpretation, legal technique, rules-exemptions

For citation: Repev A.G., Senyakin I.N. (2022) Legal Category “Priority Duty”: Theory, Legislation, Practice. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 1, pp. 164–179 (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.1.164.179.

Введение

Одной из фундаментальных системообразующих категорий правоведения является юридическая обязанность. Ее значение для общества и государства трудно переоценить. Обязанность наряду с субъективным правом образует содержание любого правоотношения, а, кроме того, выступает основополагающим элементом правового статуса субъекта, составляет ядро механизма правового регулирования, раскрывает содержание правомерного поведения и правонарушения, включена в конструкцию юридической ответственности, является инструментом процесса реализации права. Не случайно, что феномен юридической обязанности не только обстоятельно исследуется на уровне юридической доктрины, но и формирует соответствующий и неотъемлемый институт правоприменительной практики. Тем парадоксальнее выглядит ситуация, что, подвергая скрупулезному анализу понятие и сущность юридической обязанности, предлагая ее типологию и классификацию, авторы не остановились на выделении такой ее разновид-

ности, как преимущественная. Термину «преимущество» свойственно лексическое многообразие. К примеру, в одной из первых редакций толкового словаря В.И. Даля оно интерпретируется как предпочтение, превосходство, перевес [Даль В.И., 1865: 356].

Постепенно, к началу XX века в источниках стали предлагать рассматривать преимущество в качестве синонима слову «прерогатива», имеющему латинские корни, в схожем смысловом значении [Дубровский Н.А., 1914: 537], а также в понимании исключительного или особого права, привилегии [Стоян П.Е., 1913: 465]. В таком варианте оно дошло и до наших дней [Даль В.И., 2009: 523].

Правовая категория «преимущество» исследовалась на доктринальном уровне, однако справедливости ради стоит признать, что преимущества в ракурсе первостепенного выполнения (исполнения, соблюдения) обязанностей не получили широкого, обстоятельного освещения. Попробуем в рамках научной публикации, насколько это возможно, восполнить данный пробел.

Ввиду многообразия форм проявления юридической обязанности в общественных отношениях, следует, в первую очередь, оговориться, что для раскрытия содержания ее преимущественной разновидности мы будем отталкиваться от конструкции правового статуса личности. Она выступает обязательным элементом последнего. В свою очередь, требуемое, необходимое поведение, обеспечиваемое мерами государственного принуждения, образует наиболее распространенное в научных трудах раскрытие содержания понятия «юридическая обязанность» [Алексеев С.С., 1972: 317]; [Щетинин Б.В., 1974: 208]; [Радько Т.Н., Толстик В.А., 1995: 91]; [Братусь С.Н., 2001: 86]; [Эбзеев Б.С., 2005: 218].

В разрезе трех категорий (возможность, необходимость и действительность) обосновал свою концепцию юридической обязанности Г.В. Мальцев. Он подчеркивал, что «юридическая обязанность — не только необходимость поведения, но и его возможность; если исполнение невозможно, то она становится ничтожной» [Мальцев Г.В., 2011: 424]. Данная гипотеза поддерживается и нами. Убеждены, что элемент дозволения, допустимости, выполнимости желаемых от субъекта действий делает юридическую категорию «обязанность» поистине универсальной, комплексной. Подтверждением сказанному, дающим лицу возможность действовать в границах обязанности, но выбирать для себя потенциальную модель поведения, — появление и развитие таких «диспозитивных» форм должностования, как почетные обязанности, социальные обязательства и др.

Подобная концепция восприятия юридической обязанности, дающая основания для вариативности нормативных предписаний, предъявляемых к лицу, диктует, на наш взгляд, и существование преимущественной обязан-

ности. Данное словосочетание объясняется тем, что у ряда категорий участников правоотношений обязанности могут ранжироваться в зависимости от их социальной и государственной значимости, требуемой первоочередности (или внеочередности) исполнения, необходимой оперативности при реализации. Полагаем, что такая группа юридических установлений, определяющих меру должного, возможного и предпочтительного (первостепенного) поведения, предъявляемых к субъекту ввиду его специального правового статуса, может именоваться преимущественными обязанностями.

1. Нормативное закрепление преимущественной обязанности

Несмотря на кажущуюся аксиоматичность утверждения о присутствии иерархии обязанностей субъектов, обладающих специальным правовым статусом, словосочетания «преимущественная обязанность» в современном отечественном законодательстве мы не находим. Историческим примером может служить ведомственное нормотворчество СССР, фактически использовавшее данный фразеологический оборот в ситуации, вызванной необходимостью выбора субъектом между выполняемыми им и конкурирующими между собой функциями: «Руководители структурных единиц (несамостоятельных предприятий, учреждений, организаций, подсобных производств), кроме руководителей, которые одновременно выполняют функции работников основной деятельности (заведующих магазинами, в функции которых входит преимущественное выполнение обязанностей продавца)»¹.

При общем отсутствии прямого указания на преимущественный характер какой-либо обязанности следует также отметить и некоторую непоследовательность современного законодателя в части пусть и не явного, но имеющего признаки легального закрепления обязанностей, обладающих формально-юридическим первенством перед другими. К примеру, Семейный кодекс Российской Федерации определяет, что «родители имеют право и обязаны воспитывать своих детей»². Далее по тексту идет указание, что «родители имеют преимущественное право на обучение и воспитание своих детей перед всеми другими лицами», и при этом ничего не говорится о преимущественных обязанностях обучения, воспитания и содержания несовершеннолетнего. Однако фактическое наличие каждой из трех приведенных форм подтверждается следующим:

¹ Приказ Гособразования СССР от 01.12.1988 № 495 «Об утверждении Номенклатуры должностей управленческого персонала предприятий, учреждений и организаций» // СПС КонсультантПлюс.

² Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 06.02.2020), ч. 1 ст. 63 // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16; 2020. № 6. Ст. 589.

1. Какому-либо другому субъекту социальной политики государства не вменена в императивном порядке обязанность «обеспечить получение детьми общего образования»³. Речь здесь, как полагаем, прежде всего, идет о создании соответствующих условий (приобретение ученических принадлежностей, обеспечение по месту проживания возможности для самостоятельной подготовки к занятиям и пр.), а не о реализации образовательного компонента в стенах педагогического учреждения. Последнее при систематическом отсутствии несовершеннолетнего на занятиях или отставании в усвоении программы обучения, безусловно, примет соответствующие меры по установлению причин и факторов данных негативных моментов, по необходимости проинформируют о неблагополучной ситуации в семье органы опеки и попечительства. Однако санкции для администрации образовательной организации со стороны аппарата власти, осуществляющего государственное управление в сфере образования, за отсутствие мер по обучению конкретного подростка (ввиду его нежелания учиться) не предусмотрены.

2. Преимущественная обязанность родителей по воспитанию несовершеннолетних вытекает из системного толкования норм отечественного законодательства в сфере защиты семьи, материнства и детства. Об этом в императивном порядке говорит текст Конституции РФ, определяя в качестве вопросов совместного ведения Российской Федерации и субъектов «создание условий для достойного воспитания детей в семье»⁴. Детализацию данных положений мы находим в подзаконных нормативных правовых актах, которые в качестве приоритетной функции семьи закрепляют воспитание детей, а одним из принципов государственной политики в этой сфере выступает «ответственность каждой семьи за воспитание личности ребенка»⁵. Неисполнение данной обязанности, сопряженное с жестоким обращением с несовершеннолетним, влечет наступление уголовной ответственности⁶. При этом, несмотря на высокую латентность такого рода деяний [Репьева А.М., Ботвин И.В., 2019: 59–62], судебная практика говорит о преобладании в качестве субъекта преступления именно родителя: «Жестокое обращение с

³ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 06.02.2020), ч. 2 ст. 63 // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16; 2020. № 6. Ст. 589.

⁴ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993, с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020), п. «ж. 1» ст. 72. Официальный интернет-портал правовой информации. Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 04.07.2020)

⁵ Распоряжение Правительства РФ от 25.08.2014 № 1618-р «Об утверждении Концепции государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 года» // СЗ РФ. 2014. № 35. Ст. 4811.

⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 31.07.2020), ст. 156 // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954; 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5019.

детьми может выражаться, в частности, в осуществлении родителями физического или психического насилия над ними, в покушении на их половую неприкосновенность»⁷. Это связано, как думается, в первую очередь, с превалярованием совместного проживания как формы жизнедеятельности и взаимоотношений родителей и детей над всеми остальными.

3. Содержание несовершеннолетнего, как полагаем, является не просто преимущественной обязанностью родителей, но и, по сути, монополией. Ввиду лексической полисемии термина «содержание» коротко остановимся на его толковании. Так, глагол «содержать» предполагает как минимум пять вариантов интерпретации, одним из которых является «действия по обеспечению средствами к жизни»⁸. Речь идет о приобретении необходимой одежды (в том числе исходя из сезона и времени года), продуктов питания и пр. в целях сохранения здоровья и, что разумеется, жизни. Бездействие в этом отношении образует состав административного правонарушения, в первую очередь — в отношении родителей⁹, а в качестве альтернативы — для законных представителей.

2. Специфика правоотношений, возникающих на основе преимущественной обязанности

Обозначенные особенности проявления преимущественной обязанности позволяют выдвинуть два промежуточных заключения:

а) преимущественная обязанность, как юридическая обязанность в целом, также имеет четкую связь с субъективным правом. Однако специфика проявляется в том, что для исследуемой нами обязанности характерно сочетание не с базовыми возможностями и дозволениями субъекта, а с превосходящими общеустановленный уровень, относящимися к правовым преимуществам. К примеру, речь идет о норме федерального законодательства, закрепляющей, что «проживающие в одной семье и имеющие общее место жительства дети имеют право преимущественного приема на обучение по основным общеобразовательным программам дошкольного образования и начального общего образования в государственные и муниципальные обра-

⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14.11.2017 № 44 «О практике применения судами законодательства при разрешении споров, связанных с защитой прав и законных интересов ребенка при непосредственной угрозе его жизни или здоровью, а также при ограничении или лишении родительских прав» // Российская газета. 2017. 20 нояб.

⁸ Большой толковый словарь русского языка / сост. и гл. ред. С.А. Кузнецов. СПб.: «Норинт», 2000. С. 1229.

⁹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 31.07.2020) (с изм. и доп., вступ. в силу с 11.08.2020), ст. 5.35 // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1; 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5037.

зовательные организации, в которых обучаются их братья и (или) сестры»¹⁰. Преимущественное право, как мы полагаем, демонстрирует иную форму реализации субъективных прав лица, в данном случае — упрощенный характер через предпочтительность. Последняя отдается по признаку родства. Важная черта преимущественного права как нельзя лучше проиллюстрирована на данном сюжете: оно адресовано не непосредственному субъекту права (право младшего ребенка на образование было бы реализовано и в ином учреждении), а третьим лицам (в нашем случае — родителям), заинтересованным в процессе установления очередности, качества предоставляемой услуги. Младший ребенок в силу недееспособности и неразвитого сознания еще может не задумываться о положительных сторонах совместного обучения с братом (сестрой), однако родители получают выгоду не только в более удобной логистической процедуре осуществления образовательного процесса, но и укрепляют семейные связи, обеспечивают их духовной скрепой. Кроме того, непосредственно в законодательстве данная связь преимущественной обязанности и преимущественного права также четко прослеживается, в частности, если речь идет, например, о заключении договора аренды на новый срок: преимущественному праву арендатора корреспондирует преимущественная обязанность арендодателя¹¹. Верно отмечает В.В. Субочев, что «обязанность нужна не только управомоченному. Она элемент синергетического механизма саморегуляции сложной социальной системы» [Субочев В.В., 2008: 168];

б) другая ключевая характеристика юридической обязанности (преимущественная здесь не исключение, в отличие, например, от почетной обязанности), пусть рельефно не акцентируемая отдельными авторами [Иоффе О.И., 1970: 69]; [Воеводин Л.Д., 1972: 33–35]; [Матузов Н.И., 1987: 151], — это обеспеченность мерами государственного принуждения. При этом обязанность может становиться преимущественной в силу различий в строгости санкции за неисполнение. К примеру, в перечне обязанностей для лица, состоящего под административным надзором, ни одна из них не определена в качестве главенствующей, приоритетной¹². Однако уголовная ответственность предусмотрена только за неприбытие без уважительных причин при освобождении из мест лишения свободы к избранному месту жительства или пребывания

¹⁰ Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ (ред. от 31.07.2020) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2020) «Об образовании в Российской Федерации», ч. 3.1 ст. 67 // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598; 2020. № 31 (ч. 1). Ст. 5063.

¹¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (в ред. от 01.07.2021, с изм. от 08.07.2021), ст. 621 // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410; 2021. № 27. Ст. 5123.

¹² Федеральный закон от 06.04.2011 № 64-ФЗ (ред. от 01.10.2019) «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы», ч. 1 ст. 11 // СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2037; 2019. № 40. Ст. 5491.

ния в определенный администрацией исправительного учреждения срок¹³. За все иные формы бездействия в отношении перечня существующих обязанностей установлена административная ответственность, при этом, исходя из санкции, мягче, чем за игнорирование ограничений¹⁴.

Стоит также отметить, что размер и вид наказания, предусмотренные за неисполнение преимущественной обязанности, влияют и на систему контроля. Как правило, меры управленческого, организационно-правового и пенального (карательного) воздействия со стороны государственного аппарата в отношении преимущественной обязанности более строги, жестче, безальтернативны для субъекта. Приведенный пример с обязанностями лица, состоящего под административным надзором, показателен и в этом отношении. Контроль за исполнением указанной преимущественной обязанности лицами, освободившимися из мест лишения свободы, отличается от иных тем, что обеспечивается:

во-первых, совокупным, параллельным участием двух самостоятельных правоохранительных структур (Федеральной службы исполнения наказаний Российской Федерации (далее — ФСИН РФ) и Министерства внутренних дел РФ) путем своевременного обмена информацией о лицах, направляемых из пенитенциарных учреждений с установленным административным надзором¹⁵. Причастность уголовно-исполнительных инспекций ФСИН РФ к контролю за иными обязанностями поднадзорных, к сожалению, нормативными правовыми актами не предусмотрена;

во-вторых, дополнительной документацией, заполняемой сотрудниками полиции. Так, для контроля за прибытием поднадзорных лиц из учреждений исполнения наказания к избранному месту жительства инспекторы административного надзора «заводят и регистрируют дела административного надзора, вносят сведения о поднадзорных лицах в журнал учета лиц, освобожденных из мест лишения свободы, в отношении которых судом установлены административные ограничения, в течение трех рабочих дней составляют информационные карточки на поднадзорных лиц, которые направляются для сведения в дежурную часть территориального органа»¹⁶;

¹³ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 31.07.2020), ст. 314.1 // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954; 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5019.

¹⁴ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 31.07.2020) (с изм. и доп., вступ. в силу с 11.08.2020), ст. 19.24 // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1; 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5037.

¹⁵ Приказ Минюста России № 190, МВД России № 912 от 04.10.2012 «Об утверждении Регламента взаимодействия ФСИН России и МВД России по предупреждению совершения лицами, состоящими на учете уголовно-исполнительных инспекций, преступлений и других правонарушений» // Российская газета. 2012. 26 окт.

¹⁶ Приказ МВД России от 08.07.2011 № 818 (ред. от 17.03.2020) «О Порядке осуществления административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы», п. 7.9 // Российская газета. 2011. 26 авг.

в-третьих, особым порядком устранения угроз для общества в случае игнорирования через установление специального розыска в отношении лиц, уклоняющихся от исполнения данной преимущественной обязанности¹⁷.

Преимущественная обязанность может возникнуть у субъекта не только в силу установленной законом санкции, но и по акту правоприменения (например, решению суда). При этом завуалированное технико-юридическое закрепление преимущественной обязанности вносит некоторую путаницу у практических органов в части отнесения ее к конкретным правовым средствам, мерам (например, исправления и профилактического воздействия). Так, ч. 5 ст. 73 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) приводит примерный перечень обязанностей, которые суд возлагает на условно осужденного. Далее, в ст. 74, указываются условия отмены условного осуждения, где в ч. 2 в качестве такового особняком (т.е. вне перечня обязанностей) стоит бездействие лица по «возмещению вреда (полностью или частично), причиненного преступлением»¹⁸. Ничем иным, как преимущественной обязанностью, выражающейся в должном, возможном и предпочтительном поведении субъекта ввиду его специального правового статуса, мы это предписание не можем назвать. Прямо подтверждает нашу гипотезу орган официального судебного толкования («судья вправе возложить на осужденного, частично возместившего причиненный преступлением вред, обязанность принять меры к полному возмещению вреда в размере, определенном решением суда»¹⁹), а косвенно — УК РФ (ввиду строгости предусмотренной меры ответственности за ее игнорирование: «если условно осужденный в течение продленного испытательного срока в связи с его уклонением от возмещения вреда, причиненного преступлением <...> систематически уклоняется от возмещения указанного вреда, суд <...> может вынести решение об отмене условного осуждения и исполнении наказания, назначенного приговором суда»²⁰).

Следует понимать, что не только ответственность образует содержание преимущественной обязанности. Г.Ф. Шершеневич связывал обязанность

¹⁷ Приказ МВД России от 29.03.2018 № 186дсп «Об утверждении Инструкции по организации и осуществлению розыска лиц, в отношении которых установлен административный надзор, не прибывших к месту его осуществления либо самовольно оставивших его». Документ опубликован не был.

¹⁸ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 31.07.2020), ч. 2 ст. 74 // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954; 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5019.

¹⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.04.2009 № 8 (ред. от 17.11.2015) «О судебной практике условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены неотбытой части наказания более мягким видом наказания», п. 10 // Российская газета. 2009. 29 апр.

²⁰ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 31.07.2020), ч. 2.1 ст. 74 // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954; 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5019.

с сознанием воли, на которую «оказывает давление фактор, вызывающий в нем сознание своей связанности» [Шершеневич Г.Ф., 1912: 619–620]. На необходимости осознания обязанности и волевого отношения к ней акцентируют внимание и современные ученые [Липинский Д.А., Шишкин А.Г., 2014: 6]. Н.В. Витрук пишет: «Свобода и ответственность в равной мере характерны для права и для обязанности личности. В основе любой обязанности личности в демократическом обществе лежит мера социальной свободы личности как познанной необходимости социального поведения личности» [Витрук Н.В., 2008: 253]. С данным утверждением следует согласиться. Через способность человека выбирать (например, между необходимостью и крайней необходимостью) может просматриваться эффективность реализации преимущественной обязанности. Иными словами, преимущественную обязанность правоприменитель может выделить среди иных, не только опираясь на пенологический потенциал, заложенный законодателем, но и в силу применения мер стимулирования со стороны государства, личной выгоды.

К примеру, обязательные работы должны исполняться лицом в объеме не более 2 часов в день, когда он занят по основному месту труда или учебы. Однако с целью скорейшего освобождения путем выработки назначенного временного объема, осужденный может трудиться до 4 часов, жертвуя другими обязанностями²¹. При этом преимущественная обязанность может быть обусловлена дуалистичной природой: свободой и наказанием, т.е. с одной стороны, возможностью выбора механизма (удобного времени, желаемой продолжительности) претерпевания неблагоприятных последствий, но, с другой, однозначным конечным результатом, на который не могут повлиять иные обстоятельства. Так, обязательные работы должны исполняться даже в период нахождения лица в отпуске по основному месту работы²².

Возникновение преимущественной обязанности может быть связано также не только с особенностями правового статуса субъекта, но и с установлением специального правового режима (чрезвычайного или военного положения и др.). При этом волевой аспект, вызванный добровольным исполнением соответствующих предписаний, может отсутствовать. Так, полиция обязана «участвовать в обеспечении режима военного положения и режима чрезвычайного положения»²³, и тогда приоритетным для сотрудников становится обязанность «усиления охраны общественного порядка и обе-

²¹ Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 08.01.1997 № 1-ФЗ (ред. от 31.07.2020) (с изм. и доп., вступ. в силу с 29.09.2020), ч. 2 ст. 27 // СЗ РФ. 1997. № 2. Ст. 198; 2020. № 14 (ч. I). Ст. 2026.

²² Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 08.01.1997 № 1-ФЗ (ред. от 31.07.2020), ч. 2 ст. 26.

²³ Федеральный закон от 07.02.2011 № 3-ФЗ (ред. от 06.02.2020) «О полиции», п. 29 ч. 1 ст. 12 // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 900; 2020. № 6. Ст. 591.

спечения общественной безопасности»²⁴, при этом «в период действия военного положения или чрезвычайного положения <...> на срок не более шести месяцев в течение календарного года без согласия сотрудника» допускается «возложение обязанности уведомлять непосредственного руководителя о своем местонахождении в свободное от выполнения служебных обязанностей время, а также иных дополнительных обязанностей, установленных законодательством Российской Федерации»²⁵.

Исходя из сказанного, можно заключить, что если для юридической обязанности в целом характерны две основные формы: соблюдение (требование воздержаться от определенных действий) и исполнение (указание на совершение конкретных действий), то для преимущественной обязанности свойственна последняя — активная форма. От субъекта необходимо инициативное, осознанное выполнение предписаний, при этом в предпочтительном, первоочередном порядке.

Приведенные доводы недвусмысленно демонстрируют важность установления механизма реализации преимущественной обязанности. Ее определение (вычленение) из всего имеющегося у правоприменителя перечня имеет ключевое значение с точки зрения эффективности государственно-правового воздействия на общественные отношения, установления приоритетности одних ценностей над другими, наконец, обеспечения прав и законных интересов самого обязанного лица.

Для достижения этого необходимо соответствующее правовое регулирование, которое зачастую отсутствует. Так, лица, обладающие двойным гражданством, исходя из буквального толкования института политико-правовой связи «человек — государство», будут обязаны исполнить воинский долг применительно к обеим странам. Подобная ситуация представляется несправедливой по отношению к человеку и может быть решена на основе международных конвенций или соглашений. По общему правилу, в отношении бипатридов устанавливается преимущественная воинская обязанность: а) пройти службу в частях (подразделениях) того государства, где он обычно проживает; б) исполнить воинский долг по свободному выбору государства²⁶. Однако Российская Федерация в Конвенции не участвует, разрешая данный вопрос в основном путем заключения двусторонних соглашений. Это детерминирует межгосударственные споры, жалобы на нарушения прав человека.

²⁴ Федеральный конституционный закон от 30.01.2002 № 1-ФКЗ (ред. от 01.07.2017) «О военном положении», п. 1 ч. 2 ст. 7 // СЗ РФ. 2002. № 5. Ст. 375; 2017. № 27. Ст. 3924.

²⁵ Приказ МВД России от 01.02.2018 № 50 «Об утверждении Порядка организации прохождения службы в органах внутренних дел Российской Федерации», п. 268.2. Официальный интернет-портал правовой информации. Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 23.03.2018)

²⁶ Конвенция о сокращении случаев многогражданства и о воинской повинности в случаях многогражданства (ETS № 043) (Страсбург, 06.05.1963) // СПС Гарант.

Проблема механизма исполнения преимущественной обязанности остро стоит и в отношении людей, проходящих службу в правоохранительных органах. К примеру, сотрудник полиции при выявлении административного правонарушения должен пресечь развитие неблагоприятных последствий, задокументировать обстоятельства содеянного, а также оказать первую помощь лицам, находящимся в беспомощном состоянии²⁷. Не стоит полагать, что законодатель изложил данные обязанности последовательно, сделав это исходя из степени важности решения задач. Принимая во внимание типичность ситуации для сотрудника патрульно-постовой службы полиции, в рамках которой лицо, находясь в состоянии алкогольного опьянения, оскорбляющем человеческое достоинство и общественную нравственность, потеряло возможность ориентироваться в окружающей обстановке, мы, тем не менее, лишь с определенной долей условности можем утверждать, что сотрудник правопорядка правильно сделает выбор в пользу преимущественной обязанности. Она в данном случае, без сомнения, — сохранение здоровья и жизни человека, а второстепенная (или последующая относительно хронологии) — оформление материалов дела об административном правонарушении. В этом проявляется связь преимущественной обязанности с моралью, нравственностью, гуманизмом. Сотрудник должен доставить данного человека в медицинскую организацию либо на месте передать выездной бригаде скорой медицинской помощи. Несмотря на наличие соответствующей нормативной правовой базы²⁸, убеждены, что необходим типовой алгоритм действий для сотрудников полиции, который позволит молодому специалисту без достаточного уровня образования, подготовки и жизненного опыта (как известно, полицейский патрульно-постовой службы относится к категории младшего начальствующего состава, как правило, имеет лишь среднее общее образование и опыт срочной службы в вооруженных силах), в условиях ограниченного для принятия решения времени сделать верный выбор в пользу выполнения обязанности, имеющей преимущество перед другими.

Заключение

В качестве выводов отметим следующее:

юридическая конструкция правовой категории «преимущественная обязанность», несмотря на свою теоретическую и практическую значимость, не

²⁷ Федеральный закон от 07.02.2011 № 3-ФЗ (ред. от 06.02.2020) «О полиции», п. 2, 3 ст. 12 // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 900; 2020. № 6. Ст. 591.

²⁸ Приказ МВД России от 23.12.2011 № 1298 «Об утверждении Инструкции о порядке доставления лиц, находящихся в общественных местах в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения и утративших способность самостоятельно передвигаться или ориентироваться в окружающей обстановке, в медицинские организации» // Российская газета. 2012. 29 февр.

разработана современной правовой доктриной и фактически отсутствует в нормах законодательства;

анализ отечественных нормативных правовых актов позволяет утверждать, что преимущественная обязанность характеризуется активной формой (исполнением), свойственна специальному правовому статусу субъекта, у которого наряду с общими (конституционными) обязанностями, имеются специфические (например, служебные, обусловленные особенностями прохождения государственной службы, или дополнительные, вызванные заботой о лицах, находящихся на иждивении, и др.), способна образовываться ввиду введения специального правового режима;

завуалированное закрепление преимущественных обязанностей имеет место в тексте отдельных нормативных правовых актов, однако, вакуум относительно их легального юридического закрепления создает предпосылки к неверному толкованию правоприменителем значимости, приоритетности действий, требуемых от него обществом и государством;

механизму исполнения преимущественной обязанности свойственно соприкосновение с нравственно-этическим компонентом общественных отношений. Сталкиваясь с проблемой выбора между конкурирующими обязанностями, в условиях отсутствия формально-юридического указания к конкретному действию правоприменитель отталкивается от собственной системы духовных ценностей, жизненного опыта, принимает решение, ориентируясь на доминирующие идеологические установки. Можно лишь предположить, что в положительном варианте это будут послы социально-гуманистического толка;

преимущественная обязанность может сочетаться с особой группой субъективных прав и возможностей, позволяющих реализовать ее в более комфортных условиях. Это выражается в наделении субъекта правовыми преимуществами в форме особых правовых процедур, привилегий, льгот, что служит мерой юридического стимулирования добровольного и ответственного их исполнения и одновременно гарантией эффективности;

принимая во внимание «малоподвижность» законодательной деятельности в Российской Федерации, определенным способом нивелирования упущений в части закрепления механизма реализации преимущественных обязанностей могли бы стать акты ведомственного правотворчества, модель соотношения которых с законами ранее исследовалась [Арзамасов Ю.Г., 2013: 218]. В их рамках допустимо утверждать типовые алгоритмы действий правоприменителя, каждодневно попадающего в непростую ситуацию выбора между очередностью выполнения существующего перечня обязанностей.



Список источников

1. Алексеев С.С. Проблемы теории права. Курс лекций в 2 т. Т. 1: Основные вопросы общей теории социалистического права. Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1972. 396 с.
2. Арзамасов Ю.Г. Теория и практика ведомственного нормотворчества в России. М.: Юрлитинформ, 2013. 480 с.
3. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). М.: Городец-издат, 2001. 208 с.
4. Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. М.: Норма, 2008. 448 с.
5. Воеводин Л.Д. Конституционные права и обязанности советских граждан. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1972. 300 с.
6. Иоффе О.И. (общ. ред.) Основы советского права. Минск: Изд-во Высшейшая школа, 1970. 600 с.
7. Липинский Д.А., Шишкин А.Г. Субъективное право и юридическая обязанность как меры позитивной юридической ответственности // Государство и право. 2014. № 10. С. 5–14.
8. Мальцев Г.В. Социальные основания права. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. 800 с.
9. Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1987. 294 с.
10. Радько Т.Н., Толстик В.А. Функции права. Н. Новгород: Нижегородская высшая школа МВД России, 1995. 105 с.
11. Репьева А.М., Ботвин И.В. «Жестокое обращение» как оценочное понятие при квалификации деяния по статье 156 Уголовного кодекса РФ // Вестник Дальневосточного юридического института МВД России. 2019. № 1 (46). С. 59–62.
12. Субочев В.В. Законные интересы. М.: Норма, 2008. 496 с.
13. Шершеневич Г.Ф. Философия права. Т. 1. Часть теоретическая. Общая теория права. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1912. 839 с.
14. Щетинин Б.В. Проблемы теории советского государственного права. М.: Юрид. лит., 1974. 270 с.
15. Эбзеев Б.С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. М.: Юрид. лит., 2005. 576 с.



References

1. Alekseev S.S. (1972) *Problems of the theory of law. The main issues of the general theory of socialist law*. Sverdlovsk: Sverdlovsk Law Institute, 396 p. (in Russ.)
2. Arzamasov Yu.G. (2013) *Theory and practice of departmental rulemaking in Russia*. Moscow: Yurлитinform, 480 p. (in Russ.)
3. Bratus S.N. (2001) *Legal responsibility and legality (essay on theory)*. Moscow: Gorodets-publishing house, 208 p. (in Russ.)
4. Ebzeev B.S. (2005) *Man, people, state in the constitutional system of the Russian Federation*. Moscow: Yur. lit., 576 p. (in Russ.)
5. Ioffe O.I. (ed.) (1970) *Fundamentals of Soviet law*. Minsk: Vysheyshaya shkola, 600 p. (in Russ.)
6. Lipinsky D.A., Shishkin A.G. (2014) Subjective law and legal duty as measures of positive legal responsibility. *Gosudarstvo i pravo=State and law*, no 10, pp. 5–14 (in Russ.)

7. Maltsev G.V. (2011) *Social foundations of law*. Moscow: Norma: INFRA-M, 800 p. (in Russ.)
8. Matuzov N.I. (1987) *Legal system and personality*. Saratov: Publishing House of Saratov University, 294 p. (in Russ.)
9. Radko T.N., Tolstik V.A. (1995) *Functions of law*. Nizhny Novgorod: Higher School of the Ministry of Internal Affairs of Russia, 105 p. (in Russ.)
10. Repeva A.M., Botvin I.V. (2019) “Cruel treatment” as an evaluation concept in the qualification of an act under Article 156 of the Criminal Code of the Russian Federation. *Vestnik dalnevostochnogo instituta MVD Rossiiskoi Federatsii=Bulletin of the Far Eastern Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia*, no 1 (46), pp. 59–62 (in Russ.)
11. Shchetinin B.V. (1974) *Problems of the theory of Soviet state law*. Moscow: Yur. lit., 270 p. (in Russ.)
12. Subochev V.V. (2008) *Legitimate interests*. Moscow: Norma, 496 p. (in Russ.)
13. Shershenevich G.F. (1912) *Philosophy of law. General theory of law*. Moscow: Bashmakov brothers, 839 p. (in Russ.)
14. Vitruk N.V. (2008) *General theory of the legal position of the person*. Moscow: Norma, 448 p. (in Russ.)
15. Voevodin L.D. (1972) *Constitutional rights and obligations of Soviet citizens*. Moscow: Publishing House of Moscow University, 300 p. (in Russ.)

Информация об авторах:

А.Г. Репьев — доктор юридических наук, доцент.

И.Н. Сенякин — доктор юридических наук, профессор.

Information about the authors:

A.G. Repev — Doctor of Science (Law), Associate Professor.

I.N. Senyakin — Doctor of Science (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 08.01.2021; одобрена после рецензирования 10.11.2021; принята к публикации 17.01.2022.

The article was submitted 08.01.2021; approved after reviewing 10.11.2021; accepted for publication 17.01.2022.

Научная статья

УДК 340

DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.180.207

Принципы права: проблемы применения



Юлия Николаевна Величинская

Фонд «Центр стратегических разработок», 125009 Россия, Москва, Газетный пер., 3–5 стр. 1, velichinskaya.j@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-5086-7575>



Аннотация

Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 247-ФЗ «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон № 247-ФЗ) определяет правила «лучшего регулирования» экономических отношений. В законе проводится идея замкнутого регуляторного цикла с включением общественности в процессы разработки и оценки действия нормативных правовых актов, а также определены принципы, которые должны применяться в рамках этих процессов (принципы установления и оценки применения обязательных требований). Принципы права в статье рассматриваются на примере принципов, предусмотренных Федеральным законом № 247-ФЗ. Содержание указанных принципов дает основание полагать, что они имеют конституционно-правовую природу, которая раскрывается в решениях Конституционного Суда Российской Федерации. Автор предполагает, что содержание принципов установления и оценки применения обязательных требований шире, чем буквально сформулировано в Федеральном законе № 247-ФЗ, и на практике может быть дополнено позициями Суда. В связи с этим цель данной статьи — продемонстрировать конституционно-правовой характер принципов Федерального закона № 247-ФЗ, более полно раскрыть их содержание и возможное применение. Автор показывает, что принципы законности, обоснованности обязательных требований, исполнимости обязательных требований развивают конституционные принципы соразмерности и пропорциональности ограничений прав и свобод, баланса частных и публичных интересов, формируя тест на пропорциональность и соразмерность ограничений, порождаемых обязательными требованиями. Принципы правовой определенности и системности, открытости и предсказуемости основываются на принципе поддержания доверия к действиям государства, вытекающем из конституционных принципов юридического равенства и справедливости в правовом демократическом государстве. При рассмотрении принципов сделан акцент на их регуляторном потенциале и проблемах реализации, в том числе затронут ряд вопросов проведения оценки регулирующего воздействия и оценки применения обязательных требований. Также в статье исследуется правовое содержание основных понятий Федерального закона № 247-ФЗ: обязательные требования, охраняемые законом ценности, риск причинения вреда (ущерба) охраняемым законом ценностям.



Ключевые слова

обязательные требования, правовые ценности, риск причинения вреда, принципы права, оценка регулирующего воздействия, оценка применения обязательных требований

Для цитирования: Величинская Ю.Н. Принципы права: проблемы применения// Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т.15. N 1. С. 180–207. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.1.180.207.

Research article

Principles of Law: Problems of Enforcement



Yuliya N. Velichinskaya

Center for Strategic Research Foundation, 3–5 build. 1 Gazetny Lane, Moscow, 125009 Russia, velichinskaya.j@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-5086-7575>



Abstract

Federal Law «On Mandatory Requirements in the Russian Federation» defines the rules for «better regulation» for economic relations. The Law pursues the idea of the regulatory lifecycle with engaging the public in the development of regulatory acts and evaluating their influence on business, society and State. Also, the Law defines the principles to be applied in these processes (principles for establishing and evaluating the application of mandatory requirements). In the article the principles of law are considered on the example of the principles stipulated by the Federal Law. The content of these principles gives reason to assume that they have a constitutional nature disclosed in the decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation. This may mean that the content of the principles of establishing and assessing the application of mandatory requirements is broader than literally formulated in Federal Law and in practice can be supplemented by the positions of the Court in terms of understanding the relevant principles. Therefore, the main purpose of this article is to demonstrate the constitutional nature of the principles and show their content and usage. Author claims that the principle of legality, the principle of substantiation of mandatory requirements, the principle of enforceability of mandatory requirements develop the constitutional principles of proportionality of restrictions on rights and freedoms, balance of private and public interests, forming a test for proportionality of restrictions generated by mandatory requirements. In the article it is also shown that the principle of legal certainty and consistency, the principle of openness and predictability are based on the principle of maintaining confidence in the actions of the state, arising from the constitutional principles of legal equality and justice. In considering the principles of the Law, the author focuses on their regulatory potential and problems of implementation, including the issues of regulatory impact assessment and ex post evaluation. Moreover, the article examines the legal content of the basic notions of the Federal Law: mandatory requirements, legally protected values, the risk of harm (damage) to legally protected values.

Keywords

mandatory requirements, legal values, risk of harm, principles of law, regulatory impact assessment (ex ante evaluation), assessment of the application of mandatory requirements (ex post evaluation)

For citation: Velichinskaya Y.N. (2022) Principles of Law: Problems of Enforcement. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 1, pp. 180–207 (In Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.180.207.

Введение

Федеральный закон № 247-ФЗ «Об обязательных требованиях в Российской Федерации»¹ (далее — Федеральный закон № 247-ФЗ) — первый надотраслевой федеральный закон, регламентирующий существенные вопросы разработки и принятия нормативных правовых актов. Будучи разработанным в качестве одного из главных мероприятий реформы контрольно-надзорной деятельности², Федеральный закон № 247-ФЗ отражает синтез элементов концепции «умного регулирования» [Drahoš P., 2017: 133–146]; [Бычкова О.В., 2018: 150–221]; [Давыдова М.Л., 2020: 17–18], с одной стороны, и вытекающих из Конституции Российской Федерации принципов права — с другой, тем самым формируя основу для реализации концепции доказательного регулирования [Волошинская А.А., Комаров В.М., 2015: 90–92]. В соответствии с Рекомендациями Совета ОЭСР по регуляторной политике и управлению 2012 года³ в Законе проводится идея замкнутого регуляторного цикла (разработка нормативного правового акта — оценка его действия — корректирование регулирования по результатам оценки), направленного на сбалансированное прогуманитарное регулирование и реализуемого с обязательным общественным участием⁴ [Mastenbroek E., van Voorst S., Meuwese A., 2016: 1331, 1334].

¹ Федеральный закон от 31.07.2020 № 247-ФЗ «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2020. № 31. Ст. 5007.

² План мероприятий («дорожная карта») по реализации механизма «регуляторной гильотины» утвержден Председателем Правительства Российской Федерации Д.А. Медведевым 29 мая 2019 г. // СПС КонсультантПлюс

³ Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance (Adopted by the Council of the OECD on 22 March 2012). Available at: URL: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf> (дата обращения: 20.04.2021)

⁴ См., напр., Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance (Adopted by the Council of the OECD on 22 March 2012). Available at: URL: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf> (дата обращения: 20.04.2021); OECD Regulatory Policy Outlook. Paris: OECD Publishing, 2018. P. 39-74.

В процессе разработки и оценки действия акта должны применяться следующие принципы: законности, обоснованности обязательных требований, правовой определенности и системности, открытости и предсказуемости, исполнимости обязательных требований.

Вопросы разработки, опубликования и вступления в силу нормативных правовых актов, содержащих обязательные требования, в Законе охватываются понятием установления обязательных требований. Ключевыми элементами процессов их установления Федеральный закон № 247-ФЗ определяет анализ социально значимых рисков в соответствующей сфере общественных отношений и проведение оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов, устанавливающих обязательные требования (далее — ОРВ). Правила проведения такой оценки (далее — Правила ОРВ)⁵ действуют с 2012 года, однако только Федеральный закон № 247-ФЗ придал процедуре ОРВ императивный характер.

Оценка действия нормативного правового акта и принятие решения об изменении регулирования осуществляются в рамках впервые введенной Федеральным законом № 247-ФЗ процедуры — оценки применения обязательных требований (далее — ОПОТ). При проведении ОПОТ оценивается достижение целей установления и качество обязательных требований, и по результатам проведенного анализа делается вывод, возможно ли дальнейшее применение обязательных требований в текущем виде или необходимы их изменение или отмена. Для реализации данной процедуры утверждены правила ее проведения⁶ (далее — Правила ОПОТ).

Обе процедуры предполагают общественное участие с отработкой органами власти предложений и замечаний, поступивших в ходе публичного обсуждения проекта нормативного правового акта и сводного отчета о проведении ОРВ, перечня нормативных правовых актов, обязательные требования которых планируется оценивать, а также доклада о достижении целей введения обязательных требований.

⁵ Постановление Правительства РФ от 17.12.2012 № 1318 (ред. от 18.03.2021) «О порядке проведения федеральными органами исполнительной власти оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов и проектов решений Евразийской экономической комиссии, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» (вместе с «Правилами проведения федеральными органами исполнительной власти оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов и проектов решений Евразийской экономической комиссии») // СЗ РФ. 2012. № 52. Ст. 7491.

⁶ Постановление Правительства РФ от 31.12.2020 № 2454 «Об утверждении Правил оценки применения обязательных требований, содержащихся в нормативных правовых актах, подготовки, рассмотрения доклада о достижении целей введения обязательных требований и принятия решения о продлении срока действия нормативного правового акта, устанавливающего обязательные требования, или о проведении оценки фактического воздействия нормативного правового акта, устанавливающего обязательные требования» // СЗ РФ. 2021. № 3. Ст. 586.

Стоит отметить, что в части идентификации процедур регуляторного цикла у Федерального закона № 247-ФЗ на «высшем» — законодательном — уровне отсутствуют аналоги в странах, которых можно отнести к лидерам модернизации регуляторной политики (в частности, Великобритания, Канада).

Например, в Великобритании опорный для регуляторной реформы закон — Закон о малом бизнесе, предпринимательстве и занятости (Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 (SBEE Act))⁷ включает раздел, посвященный регуляторной реформе. При этом в сравнении с Федеральным законом № 247-ФЗ, SBEE Act имеет более широкий предмет и специальный характер. Ввиду лаконичности SBEE Act в регламентации непосредственно вопросов оценки влияния регулирования данный статут применяется в комплексе с правительственными руководствами по основным материально-правовым и процедурным аспектам регуляторного цикла. Такие руководства обеспечивают реализацию положений SBEE Act, начиная от разъяснений терминологии закона и включая, в том числе оценку регулирующего воздействия и ex post оценку (например, Временное руководство по основам лучшего регулирования (Better Regulation Framework: Interim guidance, March 2020⁸)).

В Канаде действует Закон о статутных инструментах (Statutory Instruments Act, 1985⁹), определяющий виды, предмет и систему нормативных актов, а также ключевые аспекты их разработки, принятия, опубликования, пересмотра¹⁰. Вместе с тем, данный Закон не охватывает регуляторные вопросы, связанные с оценкой влияния проектируемого и действующего регулирования на бизнес-процессы и общество. Поэтому наряду с Законом действует Директива Кабинета по регулированию (Cabinet Directive on Regulation)¹¹, формулирующая руководящие принципы регуляторной политики, очерчивающая стадии регуляторного цикла, регламентирующая вопросы вовлечения общественности в регуляторный процесс и все ключевые моменты регуляторных процедур, в том числе оценки регулирующего воздействия, регуляторного менеджмента, ex post оценки. Кроме того, применяются по-

⁷ Available at: URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/pdfs/ukpga_20150026_en.pdf (дата обращения: 15.10.2021)

⁸ Available at: URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/916918/better-regulation-guidance.pdf (дата обращения: 15.10.2021)

⁹ Available at: URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/s-22/page-1.html> (дата обращения: 18.10.2021)

¹⁰ С учетом содержания данного Закона более привычным может быть перевод его наименования, например, как «Закон о статутных документах».

¹¹ Available at: URL: <https://www.canada.ca/en/government/system/laws/developing-improving-federal-regulations/requirements-developing-managing-reviewing-regulations/guidelines-tools/policy-regulatory-development.html> (дата обращения: 19.10.2021)

литики (руководства) по отдельным аспектам регулирования (например, Политика проведения анализа выгод и издержек регулирования (Policy on Cost-Benefit Analysis)¹², Политика ограничения регуляторного бремени бизнеса (Policy on Limiting Regulatory Burden on Business)¹³ и др.).

Тактики регламентации процедурных аспектов регуляторики на подзаконном уровне придерживается и Европейский Союз, где разработано значительное количество руководящих документов по системному обновлению регуляторной практики (например, выпущенное Европейской комиссией Руководство по лучшему регулированию (Better Regulation Guidelines, 2017)¹⁴ и дополняющий их Инструментарий лучшего регулирования (Better regulation Toolbox, 2017)¹⁵.

Представленный опыт, с одной стороны, свидетельствует в пользу уникальности Федерального закона № 247-ФЗ, с другой — настраивает на масштабную и глубокую проработку регуляторных вопросов. Федеральный закон № 247-ФЗ нуждается в качественной процедурной и методологической базе, которая позволила бы реализовывать его положения в полном объеме и без искажений с учетом конституционно-правового толкования и в русле идей регуляторной реформы. В данной статье предлагается сосредоточиться на рассмотрении заложенного в Федеральном законе № 247-ФЗ инструментария улучшения качества нормотворчества — принципов установления и оценки применения обязательных требований. Причин тому несколько.

Во-первых, принципы установления и оценки применения обязательных требований, по сути, являются принципами права, имеющими конституционно-правовую природу (это подтверждается практикой Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ)). Законодательная адаптация таких принципов — важное явление конституционализации законодательства, которое имеет каскадный эффект: необходимость применения принципов Федерального закона № 247-ФЗ при разработке нормативных правовых актов, устанавливающих обязательные требования в экономической сфере, влечет за собой конституционализацию таких нормативных правовых актов.

¹² Available at: URL: <https://www.canada.ca/en/government/system/laws/developing-improving-federal-regulations/requirements-developing-managing-reviewing-regulations/guidelines-tools/policy-cost-benefit-analysis.html> (дата обращения: 19.10.2021)

¹³ Available at: URL: <https://www.canada.ca/en/government/system/laws/developing-improving-federal-regulations/requirements-developing-managing-reviewing-regulations/guidelines-tools/policy-limiting-regulatory-burden-business.html> (дата обращения: 19.10.2021)

¹⁴ Available at: URL: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/better-regulation-guidelines.pdf> (дата обращения: 19.10.2021)

¹⁵ Available at: URL: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/better-regulation-toolbox_2.pdf (дата обращения: 19.10.2021)

Во-вторых, будучи инкрустированными в процессы установления и оценки применения обязательных требований, принципы Федерального закона № 247-ФЗ становятся реальным рабочим инструментом. Чтобы справиться с проблемами гиперрегулирования [Гаджиев Г.А., П.Д. Баренбойм, В.И. Лафитский и др., 2010: 31]; [Тихомиров Ю.А., Талапина Э.В., 2020: 6] и обилия неэффективных требований¹⁶, формирование нормативно-правовой базы должно быть подчинено системе строгих начал, которые были бы понятны и очевидно обязательны для разработчиков нормативных правовых актов. Нередко лица, ответственные за подготовку проектов нормативных правовых актов, не очень хорошо знакомы с принципами права и практикой КС РФ, откуда эти принципы можно было бы почерпнуть. Поэтому закрепление таких принципов в федеральном законе позволит снизить соответствующие профессиональные риски. Так, например, если ранее в заключениях об ОРВ, подготовленных Минэкономразвития России, можно было встретить замечания о нарушении разработчиком принципов права со ссылками на практику КС РФ¹⁷, то со вступлением в силу Федерального закона № 247-ФЗ такие заключения содержат ссылки на нарушение принципов, предусмотренных данным актом¹⁸.

В-третьих, принципы являются смысловым ядром Федерального закона № 247-ФЗ. Они занимают более трети статей закона, и в них находит отражение большинство его положений, реализация которых, в свою очередь, увязана с соблюдением соответствующих принципов. Таким образом, изучение принципов — ключ к наиболее полному пониманию Федерального закона № 247-ФЗ, его «дивидендов» и скрытых проблем.

Для уяснения некоторых особенностей принципов установления и оценки применения обязательных требований сначала следует прояснить основные понятия Федерального закона № 247-ФЗ («обязательные требования»,

¹⁶ Показательными являются результаты реализации механизма «регуляторной гильотины», когда за 2020 год были отменены более 3000 нормативных правовых актов, содержащих избыточные требования к бизнесу, и вместо них приняты только около 500 нормативных правовых актов. Available at: URL: <https://knd.ac.gov.ru/> (дата обращения: 29.03.2021)

¹⁷ См., напр.: Заключение об оценке регулирующего воздействия на проект приказа Министерства финансов Российской Федерации «Об утверждении порядка учета защищенной от подделок полиграфической продукции» (ID 02/08/05-20/00102030); Заключение об оценке регулирующего воздействия на проект постановления Правительства Российской Федерации «О внесении изменения в постановление Правительства Российской Федерации от 16 апреля 2020 г. № 520» (ID 02/07/10-20/00109524). Available at: URL: <http://regulation.gov.ru> (дата обращения: 27.04.2021)

¹⁸ Заключение об оценке регулирующего воздействия на проект федерального закона «О государственном регулировании деятельности по производству и реализации защищенной от подделок полиграфической продукции» (ID 02/04/02-20/00099355). Available at: URL: <http://regulation.gov.ru> (дата обращения: 27.04.2021)

«охраняемые законом ценности», «риск причинения вреда (ущерба)»), а затем содержательно раскрыть данные принципы в контексте их конституционно-правового смысла.

1. Основные понятия Федерального закона № 247-ФЗ

1.1. Обязательные требования

Как следует из ч. 1 ст. 1 Федерального закона № 247-ФЗ, обязательные требования — это содержащиеся в нормативных правовых актах требования, которые связаны с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности и оценка соблюдения которых осуществляется в рамках государственного контроля (надзора), муниципального контроля, привлечения к административной ответственности, предоставления лицензий и иных разрешений, аккредитации, оценки соответствия продукции, иных форм оценки и экспертизы. Содержательно обязательное требование — это всегда условие, ограничение, запрет или обязанность (п. 1 ч. 1 ст. 10 Федерального закона № 247-ФЗ).

По сути, обязательные требования — это императивные общеобязательные правила поведения (нормы права), которые имеют особые предмет, адресатов и структуру.

В части предмета и адресатов обязательные требования так или иначе связаны с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности и адресованы лицам в связи с ведением ими такой деятельности. Слово «связаны» означает, что речь идет о регулировании не только экономической деятельности непосредственно (как, например, требования к организации ярмарок и продажи товаров на них), но и смежных вопросов (например, процесс получения лицензии). Такой подход обусловлен историко-целевым контекстом принятия Федерального закона № 247-ФЗ: как этап административной реформы он направлен на улучшение делового климата и повышение инвестиционной привлекательности российской экономики, что невозможно без разумного упрощения и деbüroкратизации взаимоотношений государства с потенциальными и действующими субъектами экономической деятельности.

С точки зрения структуры, обязательное требование включает в себя диспозицию и санкцию (в самом широком ее понимании — как способа обеспечения реализации нормы, предполагающего наступление неблагоприятных последствий в случае ее несоблюдения). Федеральным законом № 247-ФЗ определены элементы диспозиции такой нормы права: содержание требования (условия, ограничения, запреты, обязанности), лица, обязанные соблюдать обязательные требования; объект, в отношении которого установлено

обязательное требование (деятельность/действия, лица и используемые ими объекты, результаты деятельности/действий). В свою очередь, содержание санкции (например, привлечение к юридической ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение или отказ в предоставлении разрешения) зависит от установленной нормативным правовым актом формы официальной оценки или экспертизы. Определение формы оценки (экспертизы), а также органов, уполномоченных на проведение оценки (экспертизы), согласно Федеральному закону № 247-ФЗ является одним из обязательных условий установления обязательного требования.

1.2. Охраняемые законом ценности

Легитимация ценностного понятия — редкое явление в законодательстве. Хотя в Федеральном законе № 247-ФЗ не дано определение понятия «охраняемые законом ценности», в нем можно найти открытый перечень ключевых публично защищаемых благ: жизнь, здоровье людей, нравственность, права и законные интересы граждан и организаций, сохранность (непричинение вреда, ущерба) животных, растений, окружающей среды, обороны страны и безопасности государства, объектов культурного наследия, иные охраняемые законом ценности. Учитывая надотраслевой характер Закона, заданная нормативная логика позволяет утверждать, что охраняемые законом ценности — это все материальные или нематериальные (идеальные) объекты, которые законом признаются в качестве блага, подлежащего защите со стороны государства. Такое предположение подтверждается также решениями КС РФ, где понятие «охраняемые законом ценности»¹⁹, а равно тождественно употребляемые «ценности, охраняемые Конституцией и законом», «ценности, находящиеся под охраной закона» и т.п.²⁰ применяются в указанном смысле.

Тем не менее, остается вопрос о соотношении понятий (и соответствующих им правовых явлений) «охраняемые законом ценности» и «конститу-

¹⁹ См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 10.02.2017 № 2-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 212.1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина И.И. Дадина», определение Конституционного Суда РФ от 12.04.2018 № 866-О «По запросу Ивановского областного суда о проверке конституционности части 6 статьи 20.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ См., напр.: определение Конституционного Суда РФ от 10.10.2019 № 2685-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Байло Юрия Владимировича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 171 Уголовного кодекса Российской Федерации», постановление Конституционного Суда РФ от 25.04.2018 № 17-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 примечаний к статье 264 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Ивановского областного суда» // СПС КонсультантПлюс.

ционно значимые ценности», последним из которых также часто оперирует КС РФ²¹.

Нужно сказать, что наряду с понятием «конституционно значимые ценности» в практике КС РФ можно встретить синонимичное ему понятие «конституционные ценности». Однако несмотря на кажущуюся близость смыслов, согласимся с позицией Н.С. Бондаря [Бондарь Н.С., 2009: 1–11], который рассматривает понятие «конституционные ценности» как трехуровневое, где верхний уровень представлен Конституцией РФ в целом, второй — отдельными положениями Конституции РФ, а третий — «духом», смыслом конституционных положений, который выявляет КС РФ. Это делает понятие «конституционные ценности» качественно бóльшим по объему, чем то, которое зафиксировано в решениях КС РФ. Поэтому для целей настоящей статьи остановимся на понятии «конституционно значимые ценности» как части понятия «конституционные ценности».

Результаты анализа решений КС РФ показывают, что понятие «конституционно значимые ценности» отлично от понятия «охраняемые законом ценности», поскольку включает в себя ценности, охраняемые Конституцией РФ, независимо от их восприятия законодательством, при этом сами ценности формулируются КС РФ наиболее обобщенно, абстрактно. Так, в качестве конституционно значимых ценностей, называются семья и детство²², нравственные ценности²³, гражданский мир и согласие, экономическая свобода²⁴, достойная жизнь и свободное развитие человека²⁵ и т.д.

²¹ См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 17.04.2019 № 18-П «По делу о проверке конституционности части первой статьи 73, части первой статьи 299 и статьи 307 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки И.В. Янмаевой», постановление Конституционного Суда РФ от 05.03.2020 № 11-П «По делу о проверке конституционности подпунктов 4 и 5 пункта 1 и пункта 5 статьи 57 Земельного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки И.С. Бутримовой» // СПС КонсультантПлюс.

²² См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 23.09.2014 № 24-П «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 6.21 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой граждан Н.А. Алексева, Я.Н. Евтушенко и Д.А. Исакова» // СПС КонсультантПлюс.

²³ Там же.

²⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 13.02.2018 № 8-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «ПАГ» // СПС КонсультантПлюс.

²⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 12.05.2020 № 23-П «По делу о проверке конституционности пункта 5 статьи 123.22 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Лысьва-теплоэнерго» // СПС КонсультантПлюс.

Реализационная специфика конституционно значимых ценностей такова, что они становятся защищенными нормативно, будучи адаптированы в отраслевое законодательство (через конкретизацию предмета (объектов), составляющего ценность, закрепление юридической ответственности за посягательство на соответствующие ценности и составляющие их предмет, объекты). Однако они могут быть и не отражены в законодательстве, находясь только под охраной Конституции РФ. При этом КС РФ, как правило, прибегает к понятию «охраняемые законом ценности», а не к понятию «конституционно значимые ценности», когда речь идет о предусмотренной законом ответственности за причинение вреда тем или иным благам²⁶.

Иными словами, конституционно значимые ценности с помощью отраслевого законодательства буквально становятся охраняемыми законом ценностями. Это означает также, что охраняемые законом ценности могут быть основаны только на конституционно значимых ценностях; создание законодателем искусственных ценностей, которые по своей правовой природе не являются конституционно значимыми, недопустимо. Данный факт должны учитывать разработчики проектов нормативных правовых актов при установлении обязательных требований.

1.3. Риск причинения вреда (ущерба)

Согласно ч. 2 ст. 22 Федерального закона «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации»²⁷ (далее — Федеральный закон № 248-ФЗ) под риском причинения вреда (ущерба) понимается вероятность наступления событий, следствием которых может стать причинение вреда (ущерба) различного масштаба и тяжести охраняемым законом ценностям. Аналогичное понимание риска заложено и в Федеральном законе № 247-ФЗ.

²⁶ См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27.06.2005 № 7-П «По делу о проверке конституционности положений частей второй и четвертой статьи 20, части шестой статьи 144, пункта 3 части первой статьи 145, части третьей статьи 318, частей первой и второй статьи 319 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Законодательного Собрания Республики Карелия и Октябрьского районного суда города Мурманска», постановление Конституционного Суда РФ от 14.02.2013 № 4-П «По делу о проверке конституционности Федерального закона «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина Э.В. Савенко» // СПС КонсультантПлюс.

²⁷ Федеральный закон от 31 июля 2020 года № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» (вступает в силу 1 июля 2021 года, за исключением отдельных положений) // СЗ РФ. 2020. № 31 (часть I). Ст. 5007.

Признавая, что охраняемые законом ценности воплощают в себе публично защищаемое благо, можно утверждать, что риски причинения им вреда (ущерба) являются публичными и обладают такими характеристиками, как публичная (социальная) значимость, значительность тяжести и (или) масштабов потенциальных негативных последствий в случае наступления заложенных в риске событий. Публичный характер рассматриваемых рисков обусловлен особой значимостью последствий реализации рисков.

С формальной стороны это означает, что, если причинение вреда тем или иным благам признается законодателем в качестве неприемлемого, и установлена соответствующая юридическая ответственность, то риск является публичным. Понимая, какие факторы (причины) могут привести к неблагоприятным последствиям реализации риска, законодатель может признать соответствующие им действия (бездействие) в качестве нарушения без наступления вредных последствий (формальный состав правонарушения). Например, поскольку отсутствие необходимой компетенции у лица, оказывающего медицинские услуги, является фактором риска причинения серьезного вреда жизни и здоровью, в силу ч. 1 ст. 123 Уголовного кодекса РФ является преступлением проведение искусственного прерывания беременности лицом, не имеющим высшего медицинского образования соответствующего профиля.

В контексте Федерального закона № 247-ФЗ из указанного вывода следует, что проводимый при установлении требований к бизнесу анализ рисков должен учитывать только те риски, которые в силу законодательства Российской Федерации могут быть охарактеризованы как публичные, исключая излишнее регламентирование бизнес-процессов, которые не могут привести к неприемлемому государством причинению вреда охраняемым законом ценностям.

Стоит отметить, что исследователи, признавая относительную новизну понятия «риск» для науки публичного права и его еще «неустойчивое» положение [Гармаев Ю.П., Иванов Э.А., Маркунцов С.А., 2020: 91–99]; [Лапина М.А., Карпухин Д.В., 2014: 86], нередко определяют риски в сфере действия публичного права как прямо связанные с правотворческой и правоприменительной деятельностью и именуют их «публично-правовые риски» («публичные правовые риски») [Богдан В.В., Гринева А.В., 2018: 49–52]; [Лапина М.А., 2015: 35–44]. В частности, М.А. Лапина характеризует публично-правовые риски как потенциальную опасность неблагоприятного развития общественно значимых, публично-правовых отношений вследствие принятия, реализации и толкования правовых предписаний [Лапина М.А., 2015: 36]. Ю.А. Тихомиров смотрит на понятие риска более широко, однако толкует его как вероятное неправомерное отклонение от правовых моделей и законов [Тихомиров Ю.А., 2017: 12]; [Тихомиров Ю.А., Талапи-

на Э.В., 2020: 9], подчеркивая причинную связь между нормативной моделью и реальностью [Тихомиров Ю.А., 2016: 11].

Вместе с тем, учитывая законодательную концепцию риска, публичный (публично-правовой) риск целесообразно рассматривать также и по признаку сферы распространения неблагоприятных последствий реализации риска. Если такая сфера охватывается публичным правом, то реализуемые в ней риски, сопряженные с причинением вреда публично защищаемым благам, справедливо называть публично-правовыми. При этом не всегда реализация рискованного события сопряжена с нарушением правовых норм (например, стихийное бедствие или автокатастрофа, фактором которой стали плохие погодные условия). Однако с точки зрения последствий такие риски являются публичными, нуждаются в превенции, и соответствующее регулирование — прерогатива публичного права.

2. Правовая природа и содержание принципов установления и оценки применения обязательных требований

2.1. Общая характеристика принципов Федерального закона № 247-ФЗ

Федеральным законом № 247-ФЗ закреплены принципы правового законности, обоснованности обязательных требований, правовой определенности и системности, открытости и предсказуемости, исполнимости обязательных требований. В силу ч. 3 ст. 3 Федерального закона № 247-ФЗ указанные принципы должны применяться в рамках процессов установления и оценки применения обязательных требований. Это положение обеспечивает процедурную включенность принципов, «заставляя» их работать. При этом цели и логика Федерального закона № 247-ФЗ требуют применения указанных принципов не только в случае введения новых обязательных требований, но также при внесении изменений и отмене существующих.

Согласно абз. 2 п. 4 Правил ОРВ²⁸ при проведении ОРВ проводится оценка проектов актов на соответствие принципам, установленным Федеральным законом № 247-ФЗ. Это означает, что и заключение Минэкономразвития России, результирующее ОРВ, должно включать вывод о соблюдении или несоблюдении данных принципов.

²⁸ Данный абзац введен постановлением Правительства РФ от 31.12.2020 № 2453 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2021. № 3. Ст. 585.

Исходя из пп. «а» п. 21 Правил ОПОТ результаты оценки достижения целей введения обязательных требований должны содержать среди прочего информацию о соблюдении принципов установления и оценки применения обязательных требований. Несоответствие оцениваемых обязательных требований принципам Федерального закона № 247-ФЗ является одним из оснований для принятия решения о внесении изменений или отмене обязательного требования (пп. «а» п. 23, п. 24 Правил ОПОТ). Форма доклада о достижении целей введения обязательных требований и требования к его содержанию включают развернутый чек-лист для оценки соответствия обязательных требований принципам Федерального закона № 247-ФЗ²⁹.

Правилами проведения оценки фактического воздействия нормативных правовых актов³⁰, которая в силу ст. 12 Федерального закона № 247-ФЗ стала факультативным этапом ОПОТ, также предусмотрена комплексная проверка соответствия рассматриваемых обязательных требований принципам установления и оценки применения обязательных требований. Как и в случае с ОПОТ, результаты такой оценки имеют решающее значение при определении дальнейшей юридической судьбы соответствующего нормативного правового акта.

Рассматриваемые принципы находятся в системной взаимосвязи: соблюдение каждого из них способствует (а в ряде случаев и предопределяет) соблюдение других принципов и, наоборот, нарушение какого-либо принципа влечет нарушение иных принципов системы. Как минимум, в силу классического понимания принципа законности, поддерживаемого также и в Федеральном законе № 247-ФЗ, «уход» от любого принципа, установленного данным Законом, приведет к нарушению принципа законности. Кроме того, непосредственная связанность отдельных принципов друг с другом явно прослеживается в тексте Федерального закона № 247-ФЗ. Так, например, связаны принципы законности и обоснованности обязательных требований (ч. 1 ст. 5 и ч. 1 ст. 6 Федерального закона № 247-ФЗ), принцип правовой определенности и системности — с принципом исполнимости обязательных требований (ч. 2, 3 ст. 7 и ч. 2 ст. 9 Федерального закона № 247-ФЗ).

²⁹ Приказ Минэкономразвития России от 30.04.2021 № 237 «Об утверждении формы доклада о достижении целей введения обязательных требований и требований к его содержанию». Available at: URL: [https:// publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202105270010](https://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202105270010) (дата обращения: 28.05.2021)

³⁰ Постановление Правительства РФ от 30.01.2015 № 83 (ред. от 31.12.2020) «О проведении оценки фактического воздействия нормативных правовых актов, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» (вместе с «Правилами проведения оценки фактического воздействия нормативных правовых актов») // СЗ РФ. 2015. № 6. Ст. 965.

2.2. Принцип законности, принцип обоснованности обязательных требований, принцип исполнимости обязательных требований

Каждый из указанных в подзаголовке принципов имеет собственное содержание, однако предлагается рассмотреть эти принципы вместе, поскольку они имеют общую конституционно-правовую основу. Во-первых, данные принципы основаны на принципах соразмерности и пропорциональности ограничений прав и свобод, баланса частных и публичных интересов, во-вторых, в совокупности они содержат сущностные критерии допустимого в правовом государстве ограничения прав и свобод (в данном случае — в экономической сфере).

Интерпретации конституционного принципа законности в законодательстве, как правило, сводятся к необходимости соблюдения Конституции РФ и законов, иных нормативных правовых актов³¹. Вместе с тем, законность как принцип установления и оценки применения обязательных требований имеет дополнительное содержание. Помимо «типичных» для публично-правовой регуляторики элементов (необходимость соблюдения положений Федерального закона № 247-ФЗ при установлении обязательных требований, недопустимость применения обязательных требований по аналогии) в ч. 1 ст. 5 Федерального закона № 247-ФЗ определена единственно допустимая цель введения обязательных требований — защита охраняемых законом ценностей.

Однако при проектировании нормативного правового акта цель сама по себе, без практического обоснования не может быть верифицирована. Только наглядное и понятное обоснование целей регулирования позволяет оперировать ими корректно и снижает вероятность спекуляции ими.

Принцип обоснованности обязательных требований как раз выполняет эту важную функцию, «оживляя» принцип законности. Согласно ч. 1 ст. 6 Федерального закона № 247-ФЗ необходимыми условиями установления обязательных требований являются наличие риска причинения вреда (ущерба) охраняемым законом ценностям, на устранение которого направлено установление обязательных требований, и возможность и достаточность соответствующих норм в качестве мер защиты охраняемых законом ценностей.

Таким образом, обоснованием цели обязательных требований является совокупность условий: наличие конкретных рисков причинения вреда

³¹ См., напр.: Федеральный закон от 19.06.2004 № 54-ФЗ (ред. от 30.12.2020) «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» // СЗ РФ. 2004. № 25. Ст. 2485; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (ред. от 8.12.2020) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012; Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации (ред. от 30.04.2021) // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

(ущерба) определенным охраняемым законом ценностям, которые защищаются соответствующими обязательными требованиями; обязательные требования действительно способны снизить (устранить) риски до социально приемлемого уровня; установление обязательных требований — единственный способ адекватного разрешения государством проблемы рисков причинения вреда охраняемым благам.

Данное требование обоснованности обязательных требований вкпе с конституционно-правовой природой охраняемых законом ценностей, а также общим правилом установления обязательных требований только на основании федерального закона (ч. 1-3 ст. 2 Федерального закона № 247-ФЗ) восходит к конституционному принципу соразмерности и пропорциональности ограничений конституционных прав и свобод и сопряженному с ним принципу баланса частных и публичных интересов³². В одном из решений КС РФ подчеркивает: «В силу таких фундаментальных принципов, как верховенство права и юридическое равенство, вмешательство государства в отношения собственности не должно быть произвольным и нарушать равновесие между требованиями интересов общества и необходимыми условиями защиты основных прав личности, что предполагает разумную соразмерность между используемыми средствами и преследуемой целью, с тем чтобы обеспечивался баланс конституционно защищаемых ценностей и лицо не подвергалось чрезмерному обременению. Соответственно, Конституция Российской Федерации... закрепляет в статье 55 (часть 3), что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Из данной нормы во взаимосвязи со статьями 8, 17 (часть 3), 19 (части 1 и 2), 34 и 35 Конституции Российской Федерации вытекает, что ограничения права собственности, равно как и свободы предпринимательской и иной экономической деятельности могут вводиться федеральным законом, если только они необходимы для защиты других конституционно значимых ценностей, в том числе прав и законных интересов других лиц, отвечают требованиям справедливости, разумности и соразмерности (пропорциональности), носят

³² См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 25.04.2019 № 19-П «По делу о проверке конституционности пункта 6 Правил недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг в связи с жалобой акционерного общества «Верхневолгоэлектромонтаж-НН», Постановление Конституционного Суда РФ от 18.02.2019 № 11-П «По делу о проверке конституционности подпункта 6 пункта 1 и пункта 4 статьи 25 Федерального закона «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» в связи с жалобой гражданина О.В. Довлатли» // СПС КонсультантПлюс.

общий и абстрактный характер, не имеют обратной силы и не затрагивают само существо данного конституционного права».

Как видно, кроме целевого обоснования ограничений и способа их установления, в качестве еще одного обязательного критерия ограничений прав и свобод КС РФ называет целостность (сохранность) существа ограничиваемого права. Помимо дополнения соответствующей позицией Суда содержания принципов законности и обоснованности обязательных требований в системе принципов Федерального закона № 247-ФЗ за соблюдение указанного критерия также отвечает принцип исполнимости обязательных требований.

Принцип исполнимости имманентно предполагает фактическую (физическую) исполнимость обязательных требований, без которой обязательные требования были бы бесполезными для общественного блага и вредными для бизнеса. В то же время этот принцип имеет упомянутые выше особенности. Так, исходя из ч. 1 ст. 9 Федерального закона № 247-ФЗ при установлении обязательных требований оцениваются затраты лиц, в отношении которых они устанавливаются, на их исполнение; указанные затраты должны быть соразмерны рискам, предотвращаемым этими обязательными требованиями, при обычных условиях гражданского оборота.

Приведенный аспект исполнимости дополняет принципы законности и обоснованности обязательных требований, формируя взаимосвязанные критерии соразмерности и пропорциональности вводимых ограничений. Во-первых, затраты субъектов экономической деятельности на соблюдение обязательных требований должны быть адекватными с точки зрения обычных условий гражданского оборота (т.е. общий объем издержек на соблюдение не должен отбивать желание легально заниматься той или иной экономической деятельностью). Во-вторых, затраты на соблюдение должны быть адекватны характеру и уровню риска, что означает необходимость учета при установлении обязательных требований вида охраняемых законом ценностей и вероятности реализации событий, могущих привести к причинению им вреда (если, например, под угрозой жизнь человека, то значительные затраты на снижение этой угрозы могут быть оправданы, однако если вероятность реализации риска очень мала, то оправданность повышенных затрат уже под вопросом).

Первый из упомянутых критериев — по сути формализация используемого КС РФ условия сохранности существа права, ограничиваемого обязательными требованиями: неадекватность издержек на соблюдение обязательных требований лишает ограничиваемое право экономического смысла. Вместе указанные критерии образуют формулу баланса частных и публичных интересов при ограничении экономических прав и свобод граждан. Если принципы законности и обоснованности обязательных требований включают

только «публичную часть» этого баланса, то в принципе исполнимости обязательных требований уже обозначены и частная, и публичная сторона.

Таким образом, в ст. 6, 9 Федерального закона № 247-ФЗ, определяющих содержание принципов обоснованности и исполнимости обязательных требований, заложен тест на пропорциональность и соразмерность ограничений, создаваемых для субъектов экономической деятельности обязательными требованиями. Схематично такой тест можно представить следующим образом: наличие реальных (а не мнимых) рисков причинения вреда охраняемым законом ценностям, защищаемым в рамках соответствующей сферы регулирования; обязательные требования воздействуют на причины (факторы) рисков, снижая (устраняя) такие риски; отсутствуют альтернативные — не связанные с установлением обязательных требований — более мягкие механизмы снижения (устранения) рисков; адекватность издержек соблюдения обязательных требований нормальному ведению экономической деятельности, в рамках которой действуют обязательные требования; адекватность издержек соблюдения обязательных требований сущности рисков и вероятности их реализации.

Ценность этого законодательного нововведения заключается в непосредственной применимости данных тестов при разработке нормативных правовых актов, устанавливающих обязательные требования, и при оценке применения таких обязательных требований. В частности, на стадии оценки применения можно объективно проанализировать фактический размер издержек субъектов регулирования и их влияние на экономическую привлекательность соответствующего вида деятельности.

Реализуемость принципов обоснованности и исполнимости обязательных требований, в том числе в контексте оценки соразмерности и пропорциональности ограничений, обеспечивается Федеральным законом № 247-ФЗ посредством закрепления обязанности разработчиков нормативных правовых актов осуществлять: оценку рисков причинения вреда охраняемым законом ценностям и оценку эффективности альтернативных мер по недопущению причинения вреда (ущерба) охраняемым законом ценностям. Однако по состоянию на ноябрь 2021 года отсутствуют какие-либо общепринятые на федеральном уровне методики и механизмы для проведения таких оценок.

Стоит сказать, что институт анализа альтернативных мер формально существует с 2012 года (предусмотрен пп. «д» п. 15 Правил ОРВ). Но ни Правила ОРВ, ни Методика оценки регулирующего воздействия³³ не раскрывают,

³³ Приказ Минэкономразвития России от 27.05.2013 № 290 (ред. от 12.12.2016) «Об утверждении формы сводного отчета о проведении оценки регулирующего воздействия, формы заключения об оценке регулирующего воздействия, методики оценки регулирующего воздействия» // Российская газета. 2013. № 184.

как определять и анализировать альтернативные пути снижения (устранения) рисков.

Между тем, оценка альтернативных мер воздействия на риск — необходимый этап обоснования обязательных требований: они не могут считаться обоснованными без подтверждения, что это единственно возможный способ снижения (устранения) рисков до приемлемого уровня и что отсутствуют более деликатные варианты решения проблемы. Судья КС РФ А.Л. Кононов подчеркивает, что ограничение прав и свобод правомерно только тогда, «когда отсутствует иная возможность регулирования и не может быть обнаружена иная механизм правовой защиты конституционно значимых ценностей»³⁴.

Таким образом, чтобы Федеральный закон № 247-ФЗ мог действительно работать, необходимо принять нормативно-правовые меры в части обеспечения разработчиков нормативных правовых актов (а также контрольных (надзорных) органов) методическими документами по оценке рисков причинения вреда охраняемым законом ценностям, определению и оценке эффективности альтернативных мер воздействия на риски.

2.3. Принципы правовой определенности и системности, открытости и предсказуемости

Принципы правовой определенности и системности (ст. 7 Федерального закона № 247-ФЗ), открытости и предсказуемости (ст. 8 Федерального закона № 247-ФЗ) также во многом имеют общую конституционно-правовую основу. КС РФ неоднократно указывал, что участники правоотношений должны иметь возможность разумно предвидеть последствия своего поведения, быть уверенными в устойчивости и действенности их прав, уважении, признании и защите прав государством. Такое правовое состояние обеспечивается действием принципа поддержания доверия к действиям государства, вытекающим из конституционных принципов юридического равенства и справедливости в правовом демократическом государстве и требующим правовой определенности и предсказуемости правового регулирования³⁵.

³⁴ Особое мнение А.Л. Кононова к постановлению Конституционного Суда РФ от 31.05.2005 № 6-П «По делу о проверке конституционности Федерального закона «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» в связи с запросами Государственного Собрания — Эл Курултай Республики Алтай, Волгоградской областной Думы, группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина С.Н. Шевцова» // СПС КонсультантПлюс.

³⁵ См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 01.07.2015 № 18-П «По делу о толковании статей 96 (часть 1) и 99 (части 1, 2 и 4) Конституции Российской Федерации», Постановление Конституционного Суда РФ от 20.07.2018 № 34-П «По делу о проверке конституционности пункта 15 статьи 15 Федерального закона «О статусе военнослужащих» в связи с жалобой гражданина А.В. Удовиченко» // СПС КонсультантПлюс.

Принцип правовой определенности и системности, на первый взгляд, имеет двойственную природу и включает принцип правовой определенности, который отвечает за содержание обязательных требований, и принцип системности, работающий с формальной стороной — место обязательных требований в массиве правовых норм. Но поскольку писаная правовая норма не может существовать в отрыве от формы, принцип правовой определенности и системности един по своему содержанию. Системность норм всегда является элементом правовой определенности: нарушение правил системности порождает ситуацию правовой неопределенности. Поэтому в терминологическом смысле называть данный принцип как «принцип правовой определенности» не будет являться грубой ошибкой. Положения ст. 7 Федерального закона № 247-ФЗ также подтверждают отсутствие строгих границ внутри принципа.

Принцип правовой определенности — пожалуй, самый «явный» конституционно-правовой принцип Федерального закона № 247-ФЗ: начиная с 1995 года³⁶ он используется в практике КС РФ, а вслед за ним — иных судов судебной системы РФ. Федеральным законом № 247-ФЗ в принцип правовой определенности и системности заложены многие его ключевые идеи.

Во-первых, это ясность, логичность, понятность и однозначность содержания обязательных требований, обеспечивающие единообразное понимание и применение обязательных требований. Следовательно, от разработчиков нормативных правовых актов требуется, среди прочего, использовать простые предложения, единую терминологию (как в рамках нормативного правового акта, так и в рамках соответствующей системы актов), соблюдать законы логики в изложении норм, формировать прозрачные критерии (условия) применения обязательных требований.

Во-вторых, это соответствие обязательных требований целям и принципам законодательного регулирования релевантной сферы общественных отношений и правовой системы в целом. Данный элемент принципа подчеркивает, что регулирование той или иной сферы осуществляется не в вакууме, а в правовом пространстве, которым связан разработчик. Также данное положение обязывает соотносить устанавливаемые требования с регуляторным мейнстримом (сейчас, например, это цифровизация, практическая реализация концепции сервисного государства).

В-третьих, это системное единство обязательных требований. Массив обязательных требований в рамках одной сферы регулирования должен

³⁶ Первое решение Конституционного Суда РФ, в котором рассматривался вопрос конституционности закона в связи с его правовой неопределенностью: Постановление Конституционного Суда РФ от 25.04.1995 № 3-П «По делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 54 Жилищного кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданки Л.Н. Ситаловой» // СПС КонсультантПлюс.

представлять собой целостную систему, которая берет начало в федеральном законодательстве и в которой обязательные требования иерархично выстроены, взаимосвязаны, содержательно не повторяются и не противоречат друг другу. Это относится к обязательным требованиям как одного нормативного правового акта, так и нескольких, включая акты разной юридической силы.

Однако несмотря на установление запрета применения обязательных требований по аналогии (ч. 2 ст. 5 Федерального закона № 247-ФЗ), внутри принципа правовой определенности и системности отсутствует условие о полноте правового регулирования. Между тем, полнота регулирования является значимым критерием соблюдения данного принципа, поскольку законодательный пробел априори порождает ситуацию правовой неопределенности³⁷.

Более того, наличие пробела в регулировании общественных отношений, подпадающих под действие обязательных требований, создает повышенную угрозу рисков причинения вреда охраняемым законом ценностям. Это противоречит целям установления обязательных требований. В связи с этим стоит отметить, что в ряде своих решений Конституционный Суд, стремясь не допустить ситуации пробела в регулировании вопросов, связанных с защитой конституционно значимых ценностей, допускает частичное применение положений, признанных неконституционными, в течение определенного периода времени после провозглашения соответствующего решения³⁸.

В то же время отсутствие упоминания каких-либо отдельных критериев принципа правовой определенности и системности по сравнению с тем, как эти критерии раскрыты в практике применения Конституции РФ, в международных документах, относящихся к правовой системе РФ, не мешает использованию таких критериев при установлении и оценке применения

³⁷ См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14.11.2005 № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 5 статьи 48 и статьи 58 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», пункта 7 статьи 63 и статьи 66 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» в связи с жалобой Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

³⁸ См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2005 № 8-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федеральных законов о федеральном бюджете на 2003 год, на 2004 год и на 2005 год и Постановления Правительства Российской Федерации «О порядке исполнения Министерством финансов Российской Федерации судебных актов по искам к казне Российской Федерации на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями (бездействием) органов государственной власти либо должностных лиц органов государственной власти» в связи с жалобами граждан Э.Д. Жуховицкого, И.Г. Пойма, А.В. Понятовского, А.Е. Чеславского и ОАО «Хабаровскэнерго» // СПС КонсультантПлюс.

обязательных требований. Не только конституционно-правовая природа принципов установления и оценки применения обязательных требований вместе с возможностями толкования, но и положения Федерального закона № 247-ФЗ (требование ч. 1 ст. 7 о согласованности регулирования в рамках правовой системы в целом) позволяют для уточнения отдельных элементов принципа, обеспечения полноты его содержания обращаться, в частности, к решениям КС РФ, где данный принцип раскрывается в полной мере. Сказанное справедливо и для иных принципов, предусмотренных Федеральным законом № 247-ФЗ.

Принцип открытости и предсказуемости (ст. 8, ч. 1-6 ст. 3, ч. 2, 3 ст. 10 Федерального закон № 247-ФЗ) дополняет принцип правовой определенности в обеспечении доверия к закону и действиям публичной власти.

В законодательном раскрытии этого принципа помимо традиционных элементов (обязательность опубликования нормативных правовых актов) и сугобо отраслевых (включение нормативных правовых актов с обязательными требованиями в перечни, размещаемые на сайтах контрольно-надзорных органов, а также ведение реестра обязательных требований) есть два значимых аспекта: требование о публичном обсуждении проектов нормативных правовых актов (относится к открытости регулирования); необходимость соблюдения сроков вступления в силу нормативных правовых актов, устанавливающих обязательные требования (относится к предсказуемости). Правило о срочности действия подзаконных нормативных правовых актов формально не включено в критерии принципа, однако содержится в Законе и, по сути, является одним из условий предсказуемости правового регулирования.

Действующее законодательство предусматривает две процедуры, в рамках которых публично обсуждаются проекты нормативных правовых актов (на площадке regulation.gov.ru): при проведении ОРВ и в рамках раскрытия федеральными органами исполнительной власти информации о подготовке проектов нормативных правовых актов³⁹. Учитывая понятийный аппарат Федерального закона № 247-ФЗ и содержание процедуры ОРВ, можно предположить, что в ч. 1 ст. 8 Закона имеется в виду именно публичное обсуждение в рамках ОРВ.

Публичное обсуждение проводится и при проведении оценки применения обязательных требований. Сначала обсуждается сформированный уполномоченным органом (уполномоченной организацией) проект переч-

³⁹ Постановление Правительства РФ от 25.08.2012 № 851 (ред. от 18.03.2021) «О порядке раскрытия федеральными органами исполнительной власти информации о подготовке проектов нормативных правовых актов и результатах их общественного обсуждения» (вместе с «Правилами раскрытия федеральными органами исполнительной власти информации о подготовке проектов нормативных правовых актов и результатах их общественного обсуждения») // СЗ РФ. 2012. № 36. Ст. 4902.

на нормативных правовых актов, содержащих обязательные требования, применение которых планируется оценивать. Затем — проект доклада о достижении целей введения обязательных требований. Все заинтересованные лица могут критиковать перечень и доклад, давать замечания и комментарии по вопросам качества оцениваемых обязательных требований и их экономических и юридических эффектов. Процедурные аспекты такого публичного обсуждения, включая подход к учету его результатов, аналогичны установленным для ОРВ. В связи с этим, принимая во внимание предусмотренную Федеральным законом № 247-ФЗ обязательность проведения ОПОР, можно говорить, что принцип открытости включает также публичное обсуждение указанных проекта перечня и проекта доклада.

Действующее регулирование таково, что вопросы полноты взаимодействия с субъектами регулирования и иными заинтересованными лицами, учета их обоснованной и соизмеримой с законом позиции, высказанной в ходе публичного обсуждения, полностью «на совести» органов власти (госкорпораций), проводящих ОРВ или ОПОР. Между тем, культура партнерских взаимоотношений между органами публичной власти и обществом в рамках регуляторного цикла — залог качественного нормативно-правового регулирования, обеспечивающего баланс частных и публичных интересов. В связи с этим органам власти нужно прилагать усилия к смене парадигмы восприятия субъектов регулирования как «противной стороны» на союзническую. Но этот процесс не является односторонним. Граждане, организации, которых касаются и (или) действительно волнуют те или иные вопросы правового регулирования, при условии их надлежащего информирования должны активно и конструктивно включаться в процессы разработки нормативного правового акта, оценки применения обязательных требований и представлять обоснованные замечания и предложения, демонстрирующие их законные экономические интересы.

Также стоит сказать об ограниченности законодательной концепции общественного участия в регуляторном цикле: у адресатов регулирования нет гарантированного доступа к обсуждению и предложению путей решения конкретной регуляторной проблемы (риски причинения вреда охраняемым законом ценностям), которые могут быть не связаны с введением обязательных требований, до разработки проекта нормативного правового акта, предполагающего установление обязательных требований в целях воздействия на риски. Вместе с тем, участие заинтересованных сторон именно в выработке путей решения проблемы — важное условие их полноценного вовлечения в регуляторный цикл⁴⁰, результатом которого будет по-настоящему сбалансированное, а не компромиссное регулирование.

⁴⁰ OECD Regulatory Policy Outlook. Paris: OECD Publishing, 2018. P. 53.

В силу Федерального закона № 247-ФЗ заинтересованные лица вправе включиться в процесс только тогда, когда есть проект нормативного правового акта, а, значит, вопрос, как снизить те или иные риски, фактически уже решен. Согласно Правилам ОРВ, размещение уведомления о разработке проекта акта (в случае размещения оно является объектом публичного обсуждения) — этап ОРВ, прохождение которого оставлено на усмотрение разработчика. При этом сложно считать должной правовой гарантией права на участие в обсуждении оптимального способа решения регуляторных проблем указание в сводном отчете о проведении ОРВ результатов анализа альтернативных способов воздействия на риски. В лучшем случае можно рассчитывать на более компромиссный вариант обязательных требований, но вряд ли на отказ от их установления в пользу иного способа снижения (устранения) риска. В связи с этим актуально замечание Карапетова А.Г. о недопустимости игнорирования проблемы «недостаточности и искаженности у бюрократов стимулов к продуманному и добросовестному правотворчеству» [Карапетов А.Г., 2016: 199].

Расширение общественного участия в регуляторном цикле может потребовать институциональных изменений в вопросах принятия управленческих решений, включая системную реорганизацию регуляторного процесса с вовлечением в качестве активного участника Правительства РФ для постановки перед заинтересованными лицами существующих проблем защиты охраняемых законом ценностей, обсуждения вариантов ее решения и уже последующего определения органов власти, ответственных за подготовку проектов нормативных правовых актов, организационно-технических мер, направленных на реализацию легитимированного решения.

О правилах вступления в силу нормативных правовых актов, содержащих обязательные требования, скажем следующее. В соответствии с ч. 2 ст. 8 Федерального закона № 247-ФЗ сроки вступления в силу нормативного правового акта, устанавливающего обязательные требования, должны определяться исходя из сроков, необходимых органам государственной власти, гражданам и организациям для подготовки к осуществлению деятельности в соответствии с устанавливаемыми обязательными требованиями, с учетом положений ст. 3 Закона. В свою очередь, согласно ч. 1 ст. 3 Закона положения нормативных правовых актов, устанавливающих обязательные требования, должны вступать в силу либо с 1 марта, либо с 1 сентября соответствующего года, но не ранее, чем по истечении 90 дней после дня официального опубликования соответствующего нормативного правового акта, если иное не установлено федеральным законом или международным договором РФ. В этом законодательном подходе можно увидеть отражение позиции КС РФ, согласно которой необходимы «...сохранение разумной стабильности правового регулирования и недопустимость внесения произвольных изме-

нений в действующую систему норм, а также предоставление гражданам в случае необходимости возможности, в частности посредством установления временного регулирования, в течение некоего разумного переходного периода адаптироваться к вносимым изменениям»⁴¹.

Вместе с тем, обращает на себя внимание оговорка «если иное не установлено федеральным законом». Эти слова могут быть истолкованы как предоставление возможности устанавливать в федеральном законе не только особые сроки его вступления в силу, но и специальные сроки вступления в силу предусмотренных им подзаконных нормативных правовых актов, устанавливающих обязательные требования в соответствии с данным Законом.

Кроме того, с учетом принципа правовой определенности и системности, требующего недопущения пробелов в регулировании, правило ч. 1 ст. 8 Федерального закона № 247-ФЗ может не соблюдаться и в случае, если в федеральном законе, предусматривающем специальный срок его вступления в силу, нет каких-либо указаний относительно сроков принятия и вступления в силу подзаконных нормативных правовых актов, направленных на обеспечение реализации положений закона. Аналогичная ситуация может возникнуть также и при необходимости приведения в соответствие подзаконного регулирования, принятого на основе федерального закона, со вступившими в силу изменениями в соответствующий федеральный закон.

Заключение

Мы рассмотрели содержание принципов установления и оценки применения обязательных требований, показав их конституционно-правовую природу, возможности применения на практике и отметив некоторые проблемы их реализации. Еще раз подчеркнем значимость законодательного закрепления принципов права и призовем уполномоченные органы государственной власти к скорейшей разработке правовых механизмов, обеспечивающих приведение принципов в действие (в частности, необходимы единые методики (подходы) оценки рисков причинения вреда (ущерба) охраняемым законом ценностям и анализа альтернативных мер воздействия на риски).

⁴¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 24.05.2001 № 8-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 1 и статьи 2 Федерального закона «О жилищных субсидиях гражданам, выезжающим из районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей» в связи с жалобами граждан А.С. Стах и Г.И. Хваловой», также см., напр., Постановление Конституционного Суда РФ от 28.02.2019 № 13-П «По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 391 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Парус» // СПС Консультант-Плюс.

В свою очередь, исследование затронутой проблематики требует продолжения в контексте политико-правовой перспективы. Так, в более глубоком анализе и поиске путей совершенствования нуждаются отдельные этапы регуляторного цикла, вопросы общественного участия. Тестом «на прочность» Федерального закона № 247-ФЗ станет опыт оценки применения обязательных требований, который поможет выявить и скорректировать слабые места закона и соответствующего подзаконного регулирования. Кроме того, многообещающей выглядит идея расширения сферы действия предусмотренных Федеральным законом № 247-ФЗ принципов (не стоит исключать ее реализации в рамках «закона о законах»). Полагаем, что эти и другие смежные вопросы могут быть раскрыты в последующих статьях.



Список источников

1. Богдан В.В., Гринева А.В. О судебном прецеденте как способе минимизации частных и публичных правовых рисков: дискуссионные вопросы // Российский судья. 2018. № 11. С. 49–52.
2. Бондарь Н.С. Конституционные ценности — категория действующего права (в контексте практики Конституционного Суда России) // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 6. С. 1–11.
3. Бычкова О.В. «Умное регулирование»: как предотвратить появление необоснованных регулирующих правил: учебное пособие. СПб.: Издательство Европейского университета в Санкт-Петербурге. 2018. 392 с.
4. Волошинская А.А., Комаров В.М. Доказательная государственная политика: проблемы и перспективы // Вестник Института экономики Российской академии наук. 2015. № 4. С. 90–102.
5. Гаджиев Г.А., Баренбойм П.Д., Лафитский В.И., Мау В.А., Захаров А.В., Мазеев В.Д., Кравченко Д.В., Сырунина Т.М. Конституционная экономика. М.: Юстицинформ. 2010. 258 с.
6. Гармаев Ю.П., Иванов Э.А., Маркунцов С.А. Антикоррупционный комплаенс в Российской Федерации: междисциплинарные аспекты.. М.: Юриспруденция, 2020. 330 с.
7. Давыдова М.Л. «Умное регулирование» как основа совершенствования современного правотворчества // Журнал российского права. 2020. № 11. С. 14–29.
8. Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут. 2016. 528 с.
9. Лапина М.А. Теоретико-правовые аспекты управления рисками // Государство и право. 2015. № 2. С. 35–44.
10. Лапина М.А., Карпухин Д.В. Гражданско-правовые и публично-правовые риски в предпринимательской деятельности // Экономика и управление. 2014. № 4. С. 85–90.
11. Тихомиров Ю.А., Талапина Э.В. Право как эффективный фактор экономического развития // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 4–26.
12. Тихомиров Ю.А. Риск в фокусе правового регулирования // Право и современные государства. 2017. № 6. С. 9–23.

13. Тихомиров Ю.А. Риск в праве: природа и причины // Право и современные государства. 2016. № 6. С. 9–19.
14. Drahos P. Regulatory theory: foundations and applications. Canberra: The Australian National University Press, 2017. 820 p.
15. Mastenbroek E., van Voorst S., Meuwese A. Closing the regulatory cycle? A meta evaluation of ex-post legislative evaluations by the European Commission. *Journal of European Public Policy*, 2016, vol.23, no 9, pp. 1329–1348.
16. OECD Regulatory Policy Outlook, 2018. OECD Publishing, Paris, 252 p.



References

1. Bogdan V.V., Grineva A.V. (2018) On judicial precedent as a way to minimize private and public legal risks: discussion issues. *Rossiiski sudia=Russian judge*, no 11, pp. 49–52 (in Russ.)
2. Bondar' N.S. (2009) Constitutional Values as a Category of Current Law (in the Context of the Practice of the Constitutional Court of Russia). *Zhournal Constitucioni Justicii=Journal of Constitutional Justice*, no 6, pp. 1–11 (in Russ.)
3. Bychkova O.V. (2018) «Smart Regulation»: how to prevent unreasonable regulatory rules: a textbook. Saint Petersburg: European University, 392 p. (in Russ.)
4. Gadzhiev G.A., Barenboim P.D., Lafitskii V.I., Mau V.A., Zakharov A.V., Mazaev V.D., Kravchenko D.V., Syrunina T.M. (2010) *Constitutional Economics*. Moscow: Justitsinform. 258 p. (in Russ.)
5. Garmaev Yu.P., Ivanov E.A., Markuntsov S.A. (2020) *Anti-Corruption Compliance in the Russian Federation: Interdisciplinary Aspects*. Moscow: Jurisprudence, 330 p. (in Russ.)
6. Davydova M.L. (2020) “Smart regulation” as a basis for improving modern lawmaking. *Zhournal Rossiiskogo prava=Journal of Russian Law*, no 11, pp. 14–29 (in Russ.)
7. Drahos P. (2017) *Regulatory theory: foundations and applications*. Canberra: The Australian National University Press. 820 p.
8. Karapetov A.G. (2016) *Economic analysis of law*. Moscow: Statut, 528 p. (in Russ.)
9. Lapina M.A. (2015) Theoretical and legal aspects of risk management. *Gosudarstvo i Pravo=State and law*. no 2, pp. 35–44 (in Russ.)
10. Lapina M.A., Karpukhin D.V. (2014) Civil Law and Public Law Risks in Entrepreneurial Activity. *Ekonomika i Upravlenie=Economics and Management*, no 4, pp. 85–90 (in Russ.)
11. Mastenbroek E., van Voorst S., Meuwese A. (2016) Closing the regulatory cycle? A meta evaluation of ex-post legislative evaluations by the European Commission. *Journal of European Public Policy*, vol. 23, no 9, pp. 1329–1348.
12. OECD Regulatory Policy Outlook (2018). OECD Publishing, Paris, 252 p.
13. Tikhomirov Yu.A., Talapina E.V. (2020) Law as an effective factor of economic development. *Pravo. Zhurnal vysshey shkoly ekonomiki=Law. Journal of Higher School of Economic*. no 1, pp. 4–26 (in Russ.)
14. Tikhomirov Yu.A. (2017) Risk in the Focus of Legal Regulation. *Law and Modern States*, no 6, pp. 9–23 (in Russ.)
15. Tikhomirov Yu.A. (2016) Risk in Law: Nature and Reasons. *Law and Modern States*, no 6, pp. 9–19 (in Russ.)
16. Voloshinskaya A.A., Komarov V.M. (2015) Evidence-based public policy: problems and prospects. *Vestnik Instituta Ekonomiki RAN=Bulletin of the Institute of Economics of the Russian Academy of Sciences*, no 4, pp. 90–102.

Информация об авторе:

Ю.Н. Величинская — кандидат юридических наук, эксперт.

Information about the author:

Yu.N. Velichinskaya — Candidate of Science (Law), expert.

Статья поступила в редакцию 28.05.2021; одобрена после рецензирования 24.12.2021; принята к публикации 17.01.2022.

The article was submitted to the editorial office 28.05.2021; approved after reviewing 24.12.2021; accepted for publication 17.01.2022.

Научная статья

УДК 341.6

DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.208.231

Роль консультативных заключений в международном правосудии и в практике Суда ЕАЭС



Ольга Владимировна Кадышева

Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, 119991 Россия, Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13, o.kadysheva.prikaz@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-0827-1537>



Аннотация

В статье исследуются правовая основа и практика применения консультативной юрисдикции теми международными судами, которые имеют на это соответствующие полномочия. Отмечается, что в отсутствие универсальных правил консультативной юрисдикции в международном правосудии суды различаются самым кардинальным образом как в части круга лиц, имеющих право обратиться в суд с соответствующим запросом, так и в отношении предметной компетенции, т.е. круга правовых норм, которые имеют право толковать суды. Современная практика консультативных заключений показывает, что они могут эффективно использоваться не только для целей толкования норм права, но и как инструмент для решения организационных проблем международных организаций, при которых они созданы, а также для минимизации недостатков юрисдикции того или иного суда в части разрешения споров. При этом в статье высказывается непопулярная в отечественной доктрине мысль о том, что консультативные заключения международных судов могут не только вносить вклад в развитие международного права, но и порождать также целый ряд проблем, среди которых, в первую очередь, можно упомянуть попытки использовать консультативные заключения суда не для толкования абстрактных вопросов права, а для де-факто разрешения спора. В том, что касается вопросов возможного правового эффекта (значения) заключений, имеющих в силу своей природы необязательный характер, в статье высказывается тезис о том, что заключения имеют лишь силу убеждения (*res interpretata*), которая при этом не является постоянной величиной, одинаковой для всех судов, и

варьируется от суда к суду и от заключения к заключению в зависимости от авторитета самого суда и от убедительности его аргументов. Несмотря на то, что практика Суда ЕАЭС в части консультативных заключений находится пока в стадии становления, все указанные в статье особенности и риски консультативной юрисдикции полностью применимы к Суду ЕАЭС.



Ключевые слова

консультативные заключения, консультативная юрисдикция, международные суды, Международный Суд ООН, Суд Евразийского экономического союза, правовой эффект консультативных заключений

Благодарности: Статья подготовлена в рамках деятельности научно-образовательного центра Международного права имени Г.И. Тункина юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

Для цитирования: Кадышева О.В. Роль консультативных заключений в международном правосудии и в практике Суда ЕАЭС// Право. Журнал Высшей школы экономики.2022. Т. 15. № 1. С. 208–231. DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.208.231.

Law in the Modern World

Research article

The Role of Advisory Opinions in International Justice and in the Practice of the EAEU Court



Olga V. Kadyшева

M.V. Lomonosov Moscow State University, 1 Leninskie Gory, building 13, Moscow, 119991 Russia, o.kadyшева.prikaz@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-0827-1537>



Abstract

The article addressed the issue of the regulatory foundation and a current practice of the use of advisory jurisdiction by international courts authorized to perform it. In the absence of universally accepted international rules governing advisory jurisdiction, international courts vary significantly regarding to a list of entities authorized to seek an advisory opinion, as well as a scope of the rules of international law which might be a subject of the opinion sought. Current practice of advisory opinions of international courts reveals that their advisory jurisdiction might be effectively used not for the interpretation of the existing rules of international law, but also as a tool for problem solving in international organizations where relevant courts have been established as well as to circumvent or neutralize limitations or omissions in contentious jurisdiction of the relevant court. The article expresses a rather unpopular view that advisory opinion could not only develop international law but also cause a range of significant problems including attempts to use judicial opinions to solve interstate disputes despite a lack of consent and objections of disputing parties. Talking about legal

force or legal effect of advisory opinions which as a rule could not have binding force, it is submitted that such opinions have a force of persuasion (*res interpretata*) which by no means is a priori given and constant feature. Such force of judicial opinions varies from court to court and inside the court from opinion to opinion depending from the authority of the court in question, from the persuasiveness of arguments. Despite from the fact that a practice of advisory opinions is still emerging in the activity of the Court of the Eurasian Economic Union, all specific features of the use of advisory jurisdiction of international courts and all risks connected to them are fully relevant to this Court.

Keywords

advisory opinions, advisory jurisdiction, international courts, International Court of Justice, Court of the Eurasian Economic Union, legal effect of advisory opinions

Acknowledgments: Article was prepared as part of research and education activities of the G.I. Tunkin International Law Centre, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University.

For citation: Kadysheva O.V. (2022) The Role of Advisory Opinions in International Justice and in the Practice of the EAEU Court. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 1, pp. 208–231 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.1.208.231.

Введение

В последнее время среди дел, рассмотренных Судом Евразийского экономического союза (далее — Суд ЕАЭС), увеличилось число консультативных заключений¹, что является резким контрастом с практикой Суда Евразийского экономического сообщества (далее — Суд ЕврАзЭС), который за четыре года своего существования (2011–2014 гг.) не вынес ни одного такого заключения².

Однако консультативную юрисдикцию Суда ЕАЭС нельзя назвать исключительно евразийским феноменом. В международном правосудии такая юрисдикция существует уже почти 100 лет (начиная с создания в 1922 г. Постоянной палаты международного правосудия (далее — ППМП³), и в той

¹ Согласно официальной статистике Суда ЕАЭС, за 2015-2020 гг. рассмотрено 19 дел о разъяснении, из которых 17 дел рассмотрено по заявлениям государств-членов и органов Союза и 2 — по заявлениям сотрудников и должностных лиц органов Союза и Суда. Available at: URL: https://courteurasian.org/analytics/statistical_information/ (дата обращения: 06.08.2021)

² Статьей 26 Статута Суда ЕврАзЭС было предусмотрено полномочие Суда выносить консультативные заключения по запросам Сторон, органов ЕврАзЭС и Таможенного союза, высших органов судебной власти. Консультативные заключения должны были запрашиваться по вопросам применения международных договоров и решений органов ЕврАзЭС и Таможенного союза и носили рекомендательный характер.

³ Право на вынесение консультативных заключений было впервые установлено в ст. 14 Устава Лиги Наций в отношении ППМП. В основе положений ст. 14 Устава было создание дополнительных средств для мирного урегулирования споров, при котором помимо судебного урегулирования существует консультативная функция с упором, в первую очередь, на

или иной форме, с разной степенью активности присуща ряду международных судов (в первую очередь, конечно, Международному Суду ООН).

До недавнего времени лидером по количеству вынесенных консультативных заключений оставался Международный Суд ООН (далее — МС ООН), на счету которого 28 консультативных заключения за 75 лет деятельности (однако стоит заметить, что ППМП вынесла за 20 лет 27 заключений). Буквально за последний год МС ООН обогнал Межамериканский суд по правам человека (далее — МАСПЧ), у которого по состоянию на август 2021 г. было уже 29 заключений. Кроме того, неизвестный за рубежом и находящийся в последнее время в тени Экономический Суд СНГ за первые 24 года своего существования (1992–2016 гг.) рассмотрел 132 дела, из которых 109 было делами о толковании различных международно-правовых актов, принятых в рамках СНГ [Нагорная Э.Н., 2016: 138, 139].

Из региональных судов по правам человека помимо уже упомянутого МАСПЧ интересные результаты показывает Африканский суд по правам человека и народов. Со времени начала его деятельности в 2006 г. и по состоянию на август 2021 г. им было получено 15 запросов на консультативные заключения, из которых в пяти случаях было отказано. Из 10 заключений всего одно было вынесено по запросу государства, а остальные — по запросам неправительственных организаций, что лишний раз подтверждает решающий вклад частных заявителей в загрузку того или иного суда.

На этом фоне очень скромно смотрятся результаты Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) в части консультативной юрисдикции. По запросам Комитета министров Совета Европы было вынесено всего два заключения по процедурным вопросам избрания судей ЕСПЧ⁴, а в рамках вступившего в силу 1 августа 2018 г. Протокола № 16 ЕСПЧ пока вынес только два заключения по запросам высших судов стран-членов Совета Европы. Это заставляет согласиться с мнением тех авторов, которые считают, что произошедшее расширение консультативной юрисдикции не будет играть в жизни ЕСПЧ значительной роли [Дегтярев К.И., О'Мара Н., 2014: 85].

Накопленный за это время опыт использования консультативной юрисдикции в международном правосудии не только является очень познавательным, дающим богатый материал для доктринальных обобщений, но и заслу-

межгосударственные разногласия и только второстепенным образом на абстрактные юридические вопросы («любой спор или вопрос»). Следуя логике ст. 14 консультативная функция должна дополнять полномочия по оспариванию, не заменяя их, поэтому право запрашивать консультативные заключения было предоставлено только органам Лиги Наций.

⁴ Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights of 12 February 2008; Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights of 22 January 2010.

живает своеобразной проекции на соответствующую практику Суда ЕАЭС, органа относительно «молодого», но стремительно набирающего обороты в правоприменительной практике. Несмотря на то, что проблема консультативной юрисдикции международных судов переживает второе рождение в зарубежной литературе, отечественная доктрина представлена незначительными публикациями по соответствующей компетенции отдельных органов международного правосудия [Кожеуров Я.С., 2012: 95–107]; [Халафян Р.М., 2020: 122–128]; [Смбатян А.С., 2009: 98–101]; [Симонова Н.С., 2015: 94–108]; [Сейтимова В.Х., 2019: 34–40]; [Толстых В.Л., 2004: 1–167].

1. Консультативная юрисдикция в международном правосудии: общая характеристика

Под консультативной юрисдикцией понимаются полномочия органов международного правосудия по подготовке заключений по вопросам толкования и применения международно-правовых норм по запросам государств, международных организаций и их органов. Консультативная юрисдикция имеется или имела у многих международных судов, куда входят МС ООН и его предшественник ППМП, все региональные суды по правам человека (ЕСПЧ, МАСПЧ, Африканский суд по правам человека и народов), все суды евразийской интеграции (Экономический суд СНГ, Суд ЕврАзЭС и Суд ЕАЭС) и Камера Трибунала ООН по морскому праву по спорам, касающимся морского дна. Суд Европейского Союза (далее — Суд ЕС) выдает заключения только по вопросам соответствия праву ЕС того или иного проекта международного договора с участием ЕС, толкования норм, образующих право ЕС. Он дает в рамках преюдициальной процедуры ответ на запрос национальных судов, рассматривающих конкретное дело, связанное с применением норм права ЕС. Несмотря на свое название (*advisory opinions*) консультативные заключения Суда ЕАСТ также являются по факту преюдициальными заключениями, аналогичными заключениям Суда ЕС [Baudenbacher C., 2004: 358-360]. Все многочисленные африканские суды региональной интеграции несмотря на то, что они, как правило, созданы по модели Суда ЕС, обладают консультативной юрисдикцией (за исключением Суда ECOWAS) [Osiero O., 2014: 97]. Не имеют консультативной юрисдикции Орган по разрешению споров ВТО, Трибунал Андского Сообщества, Международный Уголовный Суд, а также существовавшие до недавнего времени международные уголовные трибуналы по Руанде и Югославии.

При этом практика консультативных заключений международных судов является ярким подтверждением отмеченной А.С. Исполиновым децентрализации и бессистемности процесса создания государствами международных судов и определения их юрисдикции [Исполинов А.С., 2017: 81]. В от-

существование мирового законодателя и, как следствие, международного аналога национальных законов об организации судебной системы, наличие в том или ином международном суде консультативной юрисдикции и ее объемы будут мало предсказуемым результатом предпочтений государств, создающих этот суд, а не применения ими общих универсальных правил. Именно это объясняет тот факт, что консультативная юрисдикция имеется у региональных судов евразийской интеграции и отсутствует в европейских интеграционных судах, несмотря на схожий функционал у этих двух групп судов — контроль над нормативными актами общего применения, издаваемыми институтами интеграционных объединений. Этим также можно объяснить приведенные ниже существенные различия в консультативной юрисдикции региональных судов по правам человека, хотя все они обладают соответствующей компетенцией.

Наличие компетенции того или иного международного суда выносить консультативные заключения, а также ее особенности (состав субъектов, имеющих право обращаться с соответствующим запросом в суд, нормы права, которые могут быть истолкованы судом), как правило, определяются государствами в международном договоре, определяющем создание того или иного суда. Заметным исключением в этом отношении является лишь Трибунал по морскому праву, чье право выносить консультативные заключения закреплено в его Правилах процедуры, а не в Конвенции ООН по морскому праву (1982) (в отличие от Камеры по спорам, касающимся морского дна, где эта компетенция предусмотрена ст. 191 Конвенции ООН по морскому праву). Это и стало причиной резкого неприятия рядом государств единственного пока консультативного заключения Трибунала, вынесенного им в 2015 г.⁵ и обвинений в его адрес в превышении им своих полномочий [Ruys T., Soete A., 2016: 159].

Существенный разброс существует в отношении перечня лиц (*ratione personae*), имеющих право запрашивать консультативное заключение у того или иного суда. В МС ООН это Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности ООН, которые могут запросить МС ООН по любому юридическому вопросу, а также иные органы и специализированные учреждения ООН по разрешению Генеральной Ассамблеи и в рамках своей компетенции. Считается, что это отчасти компенсирует отсутствие у самой ООН и ее специализированных учреждений права обращаться с иском в МС ООН (это право имеется только у государств, которые, в свою очередь, лишены права запрашивать у МС ООН консультативные заключения).

⁵ Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) ('Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal'), Advisory Opinion of 2 April 2015, Case No. 21.

В соответствии с Протоколом № 2 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950) (далее — ЕКПЧ) правом обращаться в ЕСПЧ с запросом на консультативные заключения обладал только Комитет министров Совета Европы. Протокол № 16 к Конвенции предоставил такое высшим национальным судам тех стран, которые ратифицировали этот протокол.

В свою очередь, в межамериканской системе защиты прав человека право обращения с соответствующим запросом в МАСПЧ предоставлено не только органам Организации американских государств (далее — ОАГ), но и государствам-членам ОАГ, причем это право не зависит от факта участия государства в Американской конвенции о правах человека (1969). В том, что касается африканской системы защиты прав человека, Статут Африканского Суда по правам человека и народов содержит, наверное, на сегодня наиболее широкий круг возможных инициаторов соответствующего запроса в этот суд. В этот перечень входят не только государства-члены Африканского союза, сам Союз и его органы, но «любые африканские организации, признанные Союзом». Африканский Суд по правам человека и народов в своем заключении по делу SERAP установил, что термин «организация» означает как межправительственные, так и неправительственные организации, главное, чтобы они были признаны Африканским союзом⁶.

Такое же разнообразие отмечается и в отношении вариантов предметной компетенции международных судов выносить консультативные заключения (*ratione materiae*), т.е. тех норм, в отношении которых может запрашиваться их толкование. Здесь самой широкой компетенцией обладает МС ООН, который имеет право давать консультативные заключения по любому юридическому вопросу (ст. 65 Статута МС ООН). Среди региональных судов по правам человека своей предметной компетенцией выделяется МАСПЧ, который имеет право осуществлять разъяснение не только положений Американской конвенции о правах человека, но и иных договоров по защите прав человека, участниками которых являются государства-члены ОАГ, а также по вопросам соответствия внутреннего законодательства государств-членов ОАГ данным международным договорам. В свою очередь, Африканский суд по правам человека и народов уполномочен давать консультативные заключения по вопросам Африканской Хартии о правах человека или «любых иных соответствующих документов». Предметная компетенция ЕСПЧ в части консультативных заключений зависит от инициатора соответствующего запроса. Комитет министров Совета Европы вправе запрашивать разъяснение ЕСПЧ только по вопросам, не касающимся толкования прав и свобод,

⁶ Request for Advisory Opinion by Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP), No. 001/2013, Advisory Opinion of 26 May 2017, Paragraph 46.

содержащихся в Конвенции. Высшие национальные суды тех стран Совета Европы, которые ратифицировали упомянутый выше Протокол № 16, получили право обращаться за заключением ЕСПЧ по вопросам о принципах, касающихся интерпретации или применения прав и свобод, гарантированных Конвенцией.

Таким образом, можно согласиться с представленным в доктрине мнением о том, что из всех региональных судов по правам человека самой широкой предметной компетенцией обладает МАСПЧ, за ним следует Африканский суд по правам человека, и замыкает тройку ЕСПЧ [Ruys T., Soete A. 2016: 164].

2. Правовой эффект (юридическая сила) консультативных заключений органов международного правосудия

В том, что касается правового эффекта консультативных заключений, документы о создании международных судов либо вообще обходят вопрос об обязательной силе консультативных заключений (как в случае со Статутом МС ООН), либо отдельно отмечают отсутствие у них такой силы (например, ст. 5 Протокола № 16 к ЕКПЧ). Сами суды постоянно напоминают, что их заключения не имеют обязательной силы⁷ и не создают новых норм права. Вместе с тем, в доктрине уже сложилось общее понимание, что консультативные заключения являются одной из форм «мягкого права» ввиду отсутствия у них обязательной силы, не имеют характера *res judicata* и не порождают правовых обязательств ни для инициатора запроса, ни для отдельного государства, ни для всего международного сообщества принять выводы того или иного суда [Maqr T., Maqr-Singer J., 2016: 429]. Однако никто из исследователей не отрицает того, что консультативные заключения однозначно влияют как на развитие международного права в целом, если речь идет о заключениях МС ООН, так и на эффективность соответствующего правопорядка (как например, МАСПЧ или тот же Экономический Суд СНГ).

Кроме того, как показывает практика, МС ООН и МАСПЧ (в иностранной литературе считается, что именно эти два суда наиболее эффективно используют свою консультативную юрисдикцию [Romano C., 2007: 824]), консультативные заключения могут оказывать воздействие на поведение субъектов международного права, причем не только на инициатора запро-

⁷ Как отметил МС ООН в одном из своих заключений, «консультативное заключение в сфере международного права — это влиятельное, но необязательное утверждение или толкование международного права международным судом или арбитражем. ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary, and Romania, 1950. ICJ 65, 71 (Mar. 30).

са, но и на всех субъектов соответствующего правопорядка, приобретая характер *erga omnes*. МАСПЧ еще в 1997 г. заявил, что его консультативные заключения имеют «неоспоримый правовой эффект» (*undeniable legal effects*), а инициатор запроса, будь то государство или международный орган, не единственные, кто имеет в связи с этим законный интерес (*legitimate interest*)⁸. Начиная с 2014 г. МАСПЧ в каждом своем заключении говорит о том, что его заключения имеют правовое значение (*legal relevance*) для всех стран-членов ОАГ, даже если они не являются участниками Американской конвенции о правах человека⁹. В свою очередь, Трибунал ООН по морскому праву в 2021 г. в одном из своих решений заявил, что правовые позиции, сформулированные МС ООН в его консультативных заключениях, не могут быть проигнорированы только потому, что консультативное заключение не имеет обязательной силы, и что они «действительно имеют правовой эффект» («*do have legal effect*»)¹⁰.

Консультативные заключения обладают рядом преимуществ по сравнению с судебными решениями, выносимыми органами международного правосудия при рассмотрении споров. Консультативные заключения по своей природе являются значительно менее конфронтационными, чем решения по конкретным спорам, и не ограничены лишь границами фактов спора, что позволяет суду более свободно высказываться по вопросам права, выдвигая новые концепции, формируя правовые доктрины и выходя иногда далеко за рамки запроса, и даже переформулируя сам запрос [Pasqualucci J., 2002: 242]. Это же позволяет государствам более активно воспринимать подходы судов, изложенные в их заключениях, чем в решениях по спорам, где всегда есть выигравшая и проигравшая стороны.

Консультативные заключения могут быть даже более влиятельными, чем решения того же суда по разрешению споров, так как они представляют собой толкование для всех государств соответствующего правопорядка, а не только для сторон в споре [Pasqualucci J., 2002: 242], приобретая вес, далеко превосходящий их формальный правовой статус [Aust A., 2010: 150]. Исследователи отмечают, что некоторые из наиболее значительных решений МС ООН в части развития международного права были вынесены именно

⁸ Reports of the Inter-American Commission on Human Rights (Art. 51 American Convention on Human Rights) Advisory Opinion OC-15/97, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A). No. 15, para. 26 (Nov. 14, 1997).

⁹ Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 21, para. 32 (Aug. 19, 2014)

¹⁰ Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary Between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius v. Maldives), Case No. 28, Preliminary Objections, Judgment, para. 205 (ITLOS Jan. 28, 2021).

в форме консультативных заключений, а не в форме решений по спорам [Mayr T., Mayr-Singer J., 2016: 427]. То же самое можно сказать и про деятельность МАСПЧ [Кожеуров Я.С., 2012: 103].

В отечественной литературе встречаются более решительные рассуждения в отношении юридической силы консультативных заключений. Например, А.С. Смбалян утверждает, что консультативные заключения обладают прецедентным характером при том, что де-юре они не обладают обязательной силой, тем не менее, их «практическое значение не уступает значению судебных решений» [Смбалян А.С., 2009: 100]. Н.С. Симонова, соглашаясь с позицией А.С. Смбалян, говорит о том, что консультативные заключения МС ООН следует признавать *auctoritas rei iudicate* (прецедентом судебного решения) [Симонова Н.С., 2015: 104].

Комментируя такой разброс мнений, нужно отметить, что все авторы отмечают особую роль консультативных заключений международных судов и их вклад в развитие современного международного права (в первую очередь, конечно, речь идет о консультативных заключениях МС ООН) [Oellers-Frahm K., 2011: 1040]. Некоторые консультативные заключения МС ООН действительно оказали определяющее влияние на развитие современного международного права, как, например, консультативные заключения по делу о возмещении ущерба на службе ООН (Reparation case), в котором Суд положил конец длительной доктринальной и практической неопределенности, поставив вопрос о международной правосубъектности международных организаций¹¹. При этом МС ООН вышел за рамки поставленного Генеральной Ассамблеей вопроса о праве ООН предъявлять требования другим государствам о возмещении ущерба, причиненного служащим ООН, заявив, что ООН не является «супергосударством»¹². МС ООН признал, что ООН обладает международной правосубъектностью, тем самым впервые в истории выйдя за рамки представления о государствах как единственных субъектах международного права [Lachs M., 1983: 252]. Еще более весомым оказался вклад консультативного заключения МС ООН в развитие института оговорок к многосторонним международным договорам. В заключении по делу об оговорках (Reservation case)¹³ МС ООН не столько истолковал существующий режим единогласного принятия сделанных оговорок, сколько вывел новую формулу, которая более отвечала потребностям развития права международных договоров, но при этом не находила своего закрепления

¹¹ ICJ, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p. 174.

¹² Ibid. P. 179.

¹³ ICJ, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, [1951] ICJ Rep 15.

ни в нормах договоров, ни в практике государств [Исполинов А.С., 2020: 90]. Эта норма была затем закреплена в Венской конвенции о праве международных договоров (1969).

Тем не менее, утверждение о том, что консультативные заключения не имеют обязательной юридической силы, требует уточнения. Главное состоит в том, что в своих заключениях суды толкуют существующие договорные и/или обычные нормы международного права, обязательные для государств. Рекомендательная (необязательная) юридическая сила такого толкования на практике в дальнейшем трансформируется в устойчивые (обязательные) правовые позиции, которые не только постоянно применяются международными судами, но и создают соответствующие правовые ожидания у сторон. Можно говорить только о разной степени убедительности и влиятельности заключений того или иного суда, зависящих в первую очередь, от его авторитета, от использованных им аргументов и от меры в «судейском активизме», а не о едином правовом эффекте или силе любых заключений всех международных судов.

В том, что касается возможной нормотворческой роли консультативных заключений, то в реальности провести четкую грань между созданием новой нормы, ее толкованием и, в конечном счете, развитием права (что, собственно, ожидается от суда в его консультативном заключении) достаточно затруднительно, если вообще возможно, особенно в случае с толкованием обычной нормы международного права или с динамическим (эволюционным) толкованием норм международного договора. По мнению ряда авторов, из-за отсутствия четкого разграничения, отрицание *prima facie* нормотворческой роли консультативной юрисдикции в сочетании с признанием за ней функции по развитию права является искусственным и показывает слепое следование семантике, а не реальности [Mayr T., Mayr-Singer J., 2016: 433–434].

3. Инструментальная роль консультативных заключений

По сравнению с отмеченным выше вкладом консультативных заключений в развитие международного права гораздо менее заметной является ситуация, когда консультативные заключения выступают инструментом решения организационных проблем международных организаций [Lenefsky D., 1966: 525–545]. Из 28 консультативных заключений, вынесенных МС ООН за все время своего существования, 22 носят именно такой характер (такая функция заключений в литературе получила название *housekeeping*) [Aust A., 2010: 131]. Среди них заключения об условиях приема новых членов в ООН, о распределении расходов ООН на миротворческие операции, о решениях Административного трибунала ООН, об обязательной силе арбитражной оговорки в соглашении о штаб-квартире ООН, о привилегиях

и иммунитетах докладчиков по правам человека. Таковую же роль сыграли оба консультативных заключения ЕСПЧ по запросам Комитета министров в рамках процедуры, установленной Протоколом № 2, которые проясняли процедуру избрания судей ЕСПЧ¹⁴, как и многие консультативные заключения МАСПЧ.

В международном правосудии известны и другие варианты инструментального подхода к консультативным заключениям. Во-первых, заключения используются для обхода и нивелирования недостатков юрисдикции того или иного международного суда. Например, когда невозможность для МС ООН рассматривать споры с участием международных организаций преодолевается за счет включения в договор с участием международных организаций возможности обращения в МС ООН за заключением и придания таким заключениям МС ООН обязательного характера. Такие положения есть в договорах о размещении штаб-квартиры международных организаций¹⁵, в Конвенции о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений (принята резолюцией 179 (II) Генеральной Ассамблеи от 21 ноября 1947 года)¹⁶ и в ряде других международных договоров¹⁷. В этом случае происходит своего рода легитимация на уровне договорных положений исполь-

¹⁴ Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights of 12 February 2008; Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights of 22 January 2010.

¹⁵ Так, например, в Соглашении между Организацией Объединенных Наций и правительством Соединенных Штатов Америки относительно месторасположения Центральных учреждений Объединенных Наций (принято резолюцией 169 (II) Генеральной Ассамблеи ООН от 31 октября 1947 года) в части порядка рассмотрения споров в пп. b разд. 21 предусмотрено, что Генеральный Секретарь или правительство Соединенных Штатов могут просить Генеральную Ассамблею обратиться к Международному Суду с запросом о консультативном заключении по любому юридическому вопросу, возникающему в ходе арбитража. Впредь до получения заключения Международного Суда временное решение третейского суда выполняется обеими сторонами. Вслед за этим третейский суд выносит окончательное решение, приняв во внимание заключение Международного Суда. Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/headquar.shtml (дата обращения: 06.08.2021)

¹⁶ В соответствии со ст. 32 Конвенции, в случае возникновения разногласия между каким-либо специализированным учреждением, с одной стороны, и государством-членом, с другой, запрашивается консультативное заключение по любому связанному с данным разногласием юридическому вопросу, согласно ст. 96 Устава и ст. 65 Статута Суда и соответствующим положениям соглашений, заключенных между ООН и специализированными учреждениями. Заключение Суда признается сторонами решающим. Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/specagencies_privileges.shtml (дата обращения: 06.08.2021)

¹⁷ Такое положение содержится, например, в Венской конвенции о праве международных договоров с участием международных организаций (1986). Available at: URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N86/554/11/IMG/N8655411.pdf?OpenElement> (дата обращения: 06.08.2021)

зования консультативных заключений для решения спора как своего рода «судебного решения в форме заключения» [Contesse J., 2021: 371].

Подобная практика использования консультативных заключений для разрешения споров активно использовала в свое время ППМП, которая была уполномочена давать заключения в отношении «любых споров и вопросов права»¹⁸. Как отмечают комментаторы, такая практика Палаты по фактической ассимиляции ее консультативной юрисдикции и юрисдикции по разрешению межгосударственных споров привела к тому, что ППМП оказалась занята разрешением таких споров через консультативные заключения [Contesse J., 2021: 372]. Такая практика не осталась незамеченной государствами и среди тех немногих изменений, которые были внесены в Статут МС ООН, оказалось существенное сужение его консультативной юрисдикции до «юридических вопросов», сделанное как раз для того, чтобы разграничить разрешение споров и подготовку консультативных заключений.

Еще один вариант использования консультативной юрисдикции, когда в определенный период времени она использовалась как решение квази-апелляционной инстанции. В соответствии с Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 957 (X) от 8 ноября 1955 г.¹⁹ в Статут Административного трибунала была включена ст. 11, согласно которой государство-член ООН, Генеральный Секретарь или то лицо, в отношении которого Трибуналом было вынесено решение, считающие, что при вынесении решения Трибунал допустил нарушения в юрисдикции и компетенции или ошибку по какому-либо вопросу права, могли обратиться в специально созданный комитет. Обращение предполагало запрос на консультативное заключение МС ООН по данному вопросу. Генеральный Секретарь должен был или привести заключение Суда в исполнение, или просить Трибунал собраться специально, чтобы подтвердить свое первоначальное решение или постановить новое решение в соответствии с заключением Суда. Если Трибунал не просили специально собраться, то на своей следующей сессии он должен был подтвердить свое решение или привести его в соответствие с заключением Суда²⁰. За время существования данной процедуры было вынесено три консультативных заключения²¹.

¹⁸ Статья 14 Устава Лиги Наций.

¹⁹ Available at: URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/106/15/PDF/NR010615.pdf?OpenElement> (дата обращения: 06.08.2021)

²⁰ Резолюцией № 50/54 от 11 декабря 1995 г. Генеральная Ассамблея упразднила данный механизм, отметив, что «процедура, предусмотренная в статье 11 статута Административного трибунала Организации Объединенных Наций, не является конструктивным или полезным элементом в разбирательстве споров персонала в рамках Организации». Available at: URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/762/51/PDF/N9676251.pdf?OpenElement> (дата обращения: 06.08.2021)

²¹ Консультативное заключение по запросу о пересмотре Решения Административного трибунала ООН № 158 от 12 июля 1973 г.; Консультативное заключение по запросу о пере-

Если вышеназванные инструментальные варианты использования консультативной юрисдикции получили поддержку академического сообщества, то в ряде случаев практика консультативных заключений международных судов вызывает резкую критику и даже неприятие в сочетании с ответными действиями со стороны государств. В первую очередь, речь идет о случаях, когда консультативная юрисдикция используется международными судами для того, чтобы обойти отсутствие согласия государств на рассмотрение спора в том или ином суде с его участием, либо вовлечь суд в решение политических споров. В связи с этим исследователи отмечают разворот позиции МС ООН, который сначала весьма серьезно воспринял отмеченное выше резкое сужение государствами своей консультативной юрисдикции, но по прошествии времени стал все более широко ее толковать, постепенно сближаясь с позицией ПППМ, никогда не рассматривая отсутствие согласия и возражения со стороны государств в качестве барьера для использования консультативной юрисдикции для решения споров [Schmid J., 2006: 420].

Именно к таким случаям обычно относится заключение МС ООН о законности строительства Израилем стены на оккупированных им территориях (дело Wall)²², где де-факто ответчиком оказался Израиль несмотря на отзыв им в 1985 г. своей декларации о признании юрисдикции МС ООН и активные возражения в отношении права МС ООН рассматривать полученный запрос Генеральной Ассамблеи. В случае с МАСПЧ подобную критику вызвали заключения МАСПЧ по делам о праве на консульскую помощь²³ и о правовом положении незадокументированных мигрантов²⁴, где в обоих случаях квази-ответчиком оказались США, никогда не признававшие юрисдикцию МАСПЧ и не являющиеся стороной Американской конвенции о правах человека. Во всех случаях вовлечение судов в решение этих вопросов было охарактеризовано минимум проблематичным и подрывающим их авторитет [Aust A., 2010: 123]; [Romano C. 2007: 825–826].

Граница между заключением международных судов по абстрактным вопросам права и их же решениями по спору размывается еще больше в тех случаях, когда в заключении суд использует терминологию, более подходящую для судебного решения, налагающего обязательства на стороны спора

смотре Решения Административного трибунала ООН № 273 от 20 июля 1982 г.; Консультативное заключение по запросу о пересмотре Решения Административного трибунала ООН № 333 от 27 мая 1987 г.

²² ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (Wall case).

²³ The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, Advisory Opinion, 1999 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 16 (Oct. 1, 1999).

²⁴ Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, Advisory Opinion, 2003 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18 (Sept. 17, 2003).

[Schmid J., 2006: 437–438]. Так, в заключении по делу Wall МС ООН не только признал строительство Израилем стены незаконным с точки зрения международного права, но и установил, что Израиль должен немедленно прекратить строительство, демонтировать уже построенные участки и выплатить компенсацию всем палестинцам, понесшим ущерб в результате строительства²⁵. Сходным образом в заключении по архипелагу Чагос МС ООН обязал Великобританию завершить процесс деколонизации архипелага «как можно быстрее»²⁶. В свою очередь, МАСПЧ в своем заключении ОС-24/17 от 17 ноября 2017 г. не только стал первым международным судом, разрешившим однополые браки, но и потребовал от всех государств-участников Американской конвенции о правах человека внести соответствующие изменения в свое законодательство²⁷.

Неудивительно, что такой подход судов к своим консультативным заключениям натолкнулся на резкое неприятие со стороны государств. Так, заключение МС ООН по делу Wall с его обязательствами в адрес Израиля было фактически дезавуировано Верховным Судом Израиля в решении по делу *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*²⁸. Заявляя, с одной стороны, что заключениям МС ООН нужно полностью придавать надлежащий вес (*full appropriate weight*), с другой стороны, Верховный Суд Израиля заявил, что МС ООН основывал свои выводы на неполной фактической информации, перейдя после этого к оценке строительства стены по внутреннему законодательству. В отличие от МС ООН, который признал строительство полностью не соответствующим международному праву, Верховный Суд Израиля пришел к выводу, что само строительство было оправдано военной необходимостью и надо его анализировать с учетом нарушения принципа пропорциональности. В этом отношении заключение МС ООН по делу Wall было расценено комментаторами как «пиррова победа» [Schmid J., 2006: 437–455]. В принципе то же самое можно сказать и про упомянутое выше заключение МАСПЧ по поводу однополых браков. Высоко расцененное правозащитными организациями, оно вызвало серьезный кризис в истории Суда, когда целая группа государств начала активные консультации с целью ограничить его юрисдикцию [Contesse J., 2021: 400–402].

²⁵ ICJ, Wall case, para. 151–153.

²⁶ ICJ, Advisory on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, I.C.J. Reports 2019, p. 95 para.178.

²⁷ State Obligations Concerning Change of Name, Gender Identity, and Rights Derived from a Relationship Between Same-Sex Couples (Interpretation and Scope of Articles 1(1), 3, 7, 11(2), 13, 17, 18 and 24, in Relation to Article 1, of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion ОС-24/17, Inter-Am. Ct. H.R., (ser. A) № 24 (Nov. 24, 2017)

²⁸ HCJ 7957/04 [2005] IsrSc. Available at: URL: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/04/570/079/a14/04079570.a14.HTM (дата обращения: 06.08.2021)

Наконец, среди критических аргументов в отношении консультативной юрисдикции не последнее место занимает осознание того, что консультативные заключения, несмотря на их необязательный характер, в силу своей влиятельности могут также вносить лепту в фрагментацию международного права. Так же, как и в случае судебных решений по спорам, такие риски возникают в силу децентрализованного характера международного правосудия и отсутствия универсальных правил подведомственности и подсудности. Международные суды могут оказаться (практика уже показывает, что оказываются) в ситуации, когда они в своих заключениях толкуют одну и ту же норму международного права, рискуя прийти к разным выводам. Так было с заключением МАСПЧ по поводу консульской помощи на основании Конвенции о консульских сношениях (1969)²⁹, вынесенным в то время, когда МС ООН уже рассматривал спор, в основе которого лежали эти же нормы³⁰.

Такой же риск несет в себе признание региональными международными судами в своих заключениях за той или иной нормой международного права статуса нормы *jus cogens*. Судьи МАСПЧ открыто гордятся тем, что в своих заключениях суд признал нормами *jus cogens* запрет рабства, физические и психологические пытки, насильственные исчезновения людей, внесудебные наказания, бесчеловечное обращение (включая телесные наказания), запрет дискриминации, преступления против человечности, право на доступ к правосудию. Как отмечают исследователи, если исходить из смысла Конвенции о праве международных договоров, императивные нормы являются общепризнанными универсальными, а не региональными нормами, такое расширительное толкование МАСПЧ доктрины императивных норм должно напрямую затрагивать интересы как всего международного сообщества государств, так и других международных судов [Исполинов А.С., 2017: 70–71]. Однако международные суды предпочли просто не заметить этих выводов МАСПЧ, оставив тем самым за этими правовыми позициями МАСПЧ исключительно региональный характер и нерешенным вопрос о праве региональных судов определять за той или иной нормой статус норм *jus cogens* [Schmid J., 2006: 451].

4. Консультативная юрисдикция Суда Евразийского экономического союза

Компетенция по вопросам консультативной юрисдикции Суда ЕАЭС предусмотрена в п. 46 Статута Суда ЕАЭС, являющегося приложением № 2 к

²⁹ The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of Due Process of Law, Advisory Opinion, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 16 (Oct. 1, 1999).

³⁰ ICJ, Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mex. v. U.S.), Judgment, 2004 ICJ Rep. 12

Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. (далее — Статут и Договор), согласно которому Суд ЕАЭС в форме консультативного заключения осуществляет разъяснение положений Договора, международных договоров в рамках Союза и решений органов Союза. Такие заключения выдаются Судом по запросам государств-членов или органа Союза. Кроме того, с запросами о даче разъяснения в Суд ЕАЭС могут обратиться сотрудники и должностные лица органов Союза и Суда ЕАЭС, но только в части разъяснений положений права ЕАЭС, связанных с трудовыми правоотношениями.

Как мы видим, согласно положениям Статута право на обращение с запросом в Суд ЕАЭС о разъяснении имеют государства-члены и органы Союза по любым вопросам, сотрудники и должностные лица органов Союза могут использовать консультативную юрисдикцию Суда ЕАЭС лишь по ограниченному кругу вопросов, связанных с трудовыми правоотношениями. Разъяснение Судом ЕАЭС международного договора Союза с третьей стороной, который, согласно п. 1 ст. 6 Договора о ЕАЭС, является составной частью права ЕАЭС, возможно только при условии, если это предусмотрено таким международным договором (п. 48 Статута Суда). Отдельно Статут Суда оговаривает, что консультативные заключения Суда ЕАЭС не будут иметь обязательной силы. Статут Суда ЕАЭС в п. 49 устанавливает, что от имени государства с запросом в Суд обращаются уполномоченные «органы и организации», перечень которых определяется самим государством — членом Союза. Такая формулировка допускает, что такой перечень может состоять только из одного ведомства (как в случае с Российской Федерацией, где это право было закреплено за Министерством юстиции, а теперь перешло к Генеральной Прокуратуре), так и из нескольких ведомств и даже неправительственных организаций (как в случае с Казахстаном, где это право также предоставлено, помимо ряда ведомств, еще и Национальной палате предпринимателей Атамекен).

Как показывает статистика Суда ЕАЭС, преобладающее число запросов на консультативные заключения на практике составляют обращения Евразийской экономической комиссии (далее — ЕЭК). Кроме того, интересна и динамика роста таких запросов. Если в первый год (2015) деятельности Суда таких запросов не было совсем, то в 2016 г. таких запросов было четыре, а уже в 2017 и 2018 годы Суд получил по пять запросов, затем отмечается некоторое снижение, поскольку в 2019 было четыре запроса на разъяснение, а в 2020 году — три³¹.

Безусловно, это демонстрирует заинтересованность ЕЭК в деятельности Суда ЕАЭС по вопросам устранения пробелов в Договоре о ЕАЭС. В таких

³¹ Available at: URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/d21/Статистика%2021.12.2020.pdf> (дата обращения: 06.08.2021)

ситуациях ЕЭК берет на себя функцию поиска проблемы и корректное преподнесение ее Суду. В свою очередь, Суд на основе уже подготовленной базы выносит консультативное заключение. Более того, именно в консультативных заключениях сейчас Суд формирует свои доктрины правопорядка ЕАЭС, прежде всего, в области наднационального регулирования, поскольку подходы к наднациональному регулированию в Договоре о ЕАЭС не определены. Так, именно в заключениях Суда ЕАЭС выработаны доктрины приоритета права Союза над национальными правовыми актами³² и его непосредственного действия (в терминологии Суда)³³, верховенства конституционных прав и свобод человека и гражданина³⁴. По нашему мнению, такой подход не может не приветствоваться со стороны государств — членов ЕАЭС.

Практика консультативных заключений Суда ЕАЭС также показывает многообразие форм использования этого вида юрисдикции Судом. Традиционные варианты использования консультативной юрисдикции в виде решения внутриорганизационных проблем ЕАЭС представлены Консультативным заключением от 16.10.2019 г. о разъяснении положений Договора и Положения о ЕЭК в части отмены или внесения изменений в решения Коллегии ЕЭК; Консультативным заключением от 20.12.2018 г. о пенсионном обеспечении должностных лиц и сотрудников органов ЕАЭС и Консультативным заключением от 28.03.2016 г. об аттестации сотрудников ЕЭК³⁵.

Подготовленное по запросу ЕЭК Консультативное заключение от 07.12.2018 г. о профессиональных спортсменах³⁶ позволяет предположить, что отсутствие в Статуте Суда ЕАЭС преюдициальной юрисдикции может быть частично преодолено через запросы ЕЭК, направляемые в Суд после анализа соответствующей правоприменительной практики судов госу-

³² Консультативное заключение Суда ЕАЭС от 12.09.2017 г. по заявлению Евразийской экономической комиссии. Available at: URL: https://courteurasian.org/court_cases/P-2.17/ (дата обращения: 06.08.2021); Консультативное заключение Большой коллегии Суда ЕАЭС от 10.07.2018 по заявлению Министерства юстиции Республики Беларусь. Available at: URL: https://courteurasian.org/court_cases/P-1.18/ (дата обращения: 06.08.2021)

³³ Консультативное заключение Суда ЕАЭС от 04.04.2017 г. по заявлению Республики Беларусь о разъяснении Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. Available at: URL: https://courteurasian.org/court_cases/P-1.17/ (дата обращения: 06.08.2021); Консультативное заключение Суда ЕАЭС от 07.12.2018 по делу N СЕ-2-2/5-18-БК по заявлению Евразийской экономической комиссии. Available at: URL: https://courteurasian.org/court_cases/P-3.18/ (дата обращения: 06.08.2021)

³⁴ Консультативное заключение Суда ЕАЭС от 12.09.2017 г. по заявлению Евразийской экономической комиссии. Available at: URL: https://courteurasian.org/court_cases/P-2.17/ (дата обращения: 06.08.2021)

³⁵ Тексты Консультативных заключений доступны на официальном сайте Суда ЕАЭС. Available at: URL: https://courteurasian.org/court_cases/ (дата обращения: 06.08.2021)

³⁶ Available at: URL: https://courteurasian.org/court_cases/P-3.18/ (дата обращения: 06.08.2021)

дарств-членов Союза. В этом случае консультативным заключениям Суда будет постепенно придаваться все больший вес и авторитет, некая особая интерпретационная значимость (*res interpretata*) [Чайка К.Л., 2019: 154]. Дополнительный вес консультативным заключениям в этих случаях будет придавать то обстоятельство, что Суд рассматривает дела о разъяснении на заседаниях Большой коллегии Суда (п. 73 Статута), в котором участвуют все судьи Суда, тогда как дела о разрешении споров — в составе коллегии Суда из пяти судей (п. 71,76 Статута Суда) [Халафян Р.М., 2020: 123]. Это позволит в какой-то степени обойти то явно непропорциональное ограничение юрисдикции Суда ЕАЭС, на которое пошли государства-члены Союза при разработке Статута Суда в виде лишения его преюдициальной юрисдикции.

Консультативные заключения по запросам служащих и должностных лиц институтов Союза выполняют двоякую роль. С одной стороны, они используются для решения внутриорганизационных проблем ЕАЭС (та самая функция *housekeeping*). Как отмечает в своей статье судья Суда ЕАЭС В.Х. Сейтимова, в производстве Суда пока было три таких дела по самым разным аспектам трудовых отношений — принятие по конкурсу, увольнение сотрудников, перевод, аттестация. Все позиции, предложенные Судом ЕАЭС в этих заключениях, были впоследствии учтены ЕЭК [Сейтимова В.Х., 2019: 37]. С другой стороны, возможность служащих и должностных лиц институтов Союза запрашивать заключения Суда ЕАЭС по трудовым правоотношениям можно объяснить желанием разработчиков Статута Суда ЕАЭС компенсировать отсутствие у этих лиц возможности передать трудовой спор на рассмотрение Суда ЕАЭС. В этом отношении консультативные заключения могут представлять собой, по словам В.Х. Сейтимовой, альтернативу судебному рассмотрению трудовых споров служащих ЕАЭС [Сейтимова В.Х., 2019:40]. Об этой же функции таких консультативных заключений Суда ЕАЭС говорит и Р. Халафян, отмечая, что в своих ответах на запросы служащих ЕАЭС Суд рассматривает и толкует не абстрактные нормы права ЕАЭС, а уже нормы в их применении к обстоятельствам конкретного дела [Халафян Р.М., 2020: 124].

При всей корректности сделанных данными авторами оценок, думается, что такая квази-судебная функция консультативных заключений сойдет (если уже не сошла) на нет после того, как служащие ЕАЭС (в основном это сотрудники ЕЭК со штаб-квартирой в Москве) открыли для себя возможность обращения в московские суды общей юрисдикции с трудовыми исками против ЕЭК [Попова А.Н., 2018: 15-18]. Судя по всему, для такого рода заявителей возможность получения полноценной судебной защиты в национальном суде государства-члена ЕАЭС с правом на получение компенсации показалась гораздо более эффективным средством, нежели ее паллиатив в виде заключений Суда ЕАЭС.

В полном соответствии с приведенной практикой международных судов еще одна функция консультативных заключений Суда ЕАЭС состоит в предотвращении и разрешении конфликтов (споров) как между государствами-членами ЕАЭС, так и между государствами-членами Союза и его институтами. Такая альтернатива судебному разрешению конфликтов имеет свои преимущества, и может показаться очень привлекательной для сторон спора. Так, в 2020 г. консультативное заключение Суда ЕАЭС было впервые использовано для разрешения предконфликтной ситуации между ЕЭК и РФ (Консультативное заключение от 10 июля 2020 г. по делу о лизинге)³⁷.

Еще одним очень перспективным направлением консультативной юрисдикции Суда ЕАЭС может стать функция разрешения конфликтов толкований, которые по факту уже возникают при разрешении споров двумя коллегиями Суда ЕАЭС, которые действуют как самостоятельные мини-суды. В этом отношении показательна история с делом компании ЗАО «Транс Логистик Консалт»³⁸, где как раз и возникла такая ситуация, которую пыталась преодолеть Апелляционная палата Суда ЕАЭС, направив запрос в Большую коллегия Суда за соответствующим заключением. На наш взгляд, наиболее разумным, правомерным и эффективным выходом в таких ситуациях было бы обращение ЕЭК в Суд ЕАЭС с соответствующим запросом.

Заключение

Приведенная выше практика консультативных заключений органов международного правосудия ставит под сомнение представление о консультативной юрисдикции как дополнительной по отношению к юрисдикции по рассмотрению споров. Консультативная юрисдикция имеет огромный потенциал, однако ее эффективное использование зависит как от ее модификации, так и от желания и умения всех заинтересованных сторон ее использовать. Наличие консультативной юрисдикции в учредительных документах того или иного суда само по себе не гарантирует ее широкого использования данным судом.

В том, что касается правового эффекта или юридической силы консультативных заключений, не имеющих, согласно общему правилу, обязательной силы, то, на наш взгляд, можно говорить лишь об убедительности заключений и их восприятии государствами, входящими в тот или иной международный правопорядок. Причем эта убедительность (правовой эффект,

³⁷ Консультативное заключение Суда ЕАЭС от 10.07.2020 по делу по заявлению Министерства юстиции Российской Федерации. Available at: URL: https://courteurasian.org/court_cases/P-1.20/ (дата обращения: 06.08.2021)

³⁸ Available at: URL: https://courteurasian.org/court_cases/C-2.19/ (дата обращения: 06.08.2021)

правовое значение) заключений не является постоянной величиной для всех международных судов, обладающих соответствующей компетенцией. Она варьируется от суда к суду в зависимости от их авторитета и репутации, от влияния на все международное право (как в случае с МС ООН) до влияния лишь в рамках секторальных или региональных правопорядков, а также от полного забвения и игнорирования до повсеместного признания государствами и доктриной как кардинально изменившее ту или иную отрасль международного права или тот или иной правопорядок.

Статистика первых шести лет деятельности Суда ЕАЭС убедительно показывает, что вопреки ожиданиям консультативная юрисдикция успешно конкурирует не только с юрисдикцией по разрешению споров в количественном аспекте, но и с точки зрения качественного влияния на формирование правопорядка ЕАЭС и на эффективную работу его институтов. Особое значение имеют заключения, в которых Суд посредством своих правовых позиций формулирует доктрины права Союза, такие как приоритет (верховенство) права Союза и непосредственное действие (прямой эффект) права ЕАЭС, выполняя тем самым свою основную миссию по выстраиванию целостного, устойчивого и эффективного правопорядка ЕАЭС. Несмотря на отсутствие у заключений Суда ЕАЭС обязательной силы, им постепенно начинает придаваться все больший вес и авторитет, особая интерпретационная значимость (*res interpretata*). К тому же в отличие от решений по спорам, которые, строго говоря, обязательны только для сторон спора, консультативные заключения с самого начала обладают характером *erga omnes*. Наконец, консультативные заключения Суда ЕАЭС позволяют решить целый ряд инструментальных задач и в целом компенсировать ограничение государствами-членами юрисдикции Суда.



Список источников

1. Дегтярев К.И., О'Мара Н. Консультативные заключения 2: реформирование компетенции Европейского Суда по правам человека по вынесению консультативных заключений // *Международное правосудие*. 2014. № 2. С. 71–85.
2. Исполинов А.С. Консультативное заключение Международного Суда ООН по делу об оговорках 1951 года: взгляд спустя 70 лет // *Вестник Московского университета*. Серия 11: Право. 2020. № 2. С. 79–94.
3. Исполинов А.С. Эволюция и пути развития современного международного правосудия // *Lex Russica*. 2017. № 10. С. 58–87.
4. Кожеуров Я.С. Консультативная юрисдикция международного суда: опыт Межамериканского суда по правам человека // *Российский юридический журнал*. 2012. № 4. С. 95–107.
5. Нагорная Э.Н. Компетенция Экономического Суда СНГ: пути совершенствования // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2017. № 4 (65). С. 136–140.

6. Попова А.Н. Рассмотрение споров с международными служащими в Евразийском экономическом союзе: реальность и перспективы // Евразийский юридический журнал. 2018. № 6 (121). С. 15–18.
7. Сейтимова В.Х. Роль консультативных заключений Суда ЕАЭС в развитии права Союза и Евразийской интеграции // Судья. 2019. № 11 (107). С. 34–40.
8. Симонова Н.С. Консультативные заключения Международного Суда ООН в механизме обеспечения выполнения международных договорных обязательств // Московский журнал международного права. 2015. № 3. С. 94–108.
9. Смбалян А.С. Консультативная юрисдикция Международного Суда ООН // Современное право. 2009. № 2. С. 98–101.
10. Толстых В.Л. Международное право: практика применения. Консультативные заключения Международного Суда ООН. М.: МЗ-Пресс, 2004. 167 с.
11. Чайка К.Л. Суд интеграционного объединения как международный судебный орган // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14. № 3. С. 147–166.
12. Халафян Р.М. Консультативные заключения суда ЕАЭС в механизме правового обеспечения региональной интеграции // Современное право. 2020. № 8. С. 122–128.
13. Aust A. Advisory Opinions. *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1, no 1, pp. 123–151.
14. Bailliet C. The strategic prudence of The Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion. *Brazilian Journal of international law*, 2018, vol 15, no 1, pp. 255–276.
15. Baudenbacher C. The EFTA Court: An Actor in the European Judicial Dialogue. *Fordham International Law Journal*, 2004, vol. 28, no 2, pp. 353–391.
16. Contesse J. The Rule of Advice in International Human Rights Law/ *American Journal of International Law*, 2021, vol. 115, no 3, pp. 367–408.
17. Keene A. The Forgotten Potential of the Advisory Jurisdictions of International Courts and Tribunals as a Check on the Actions of International Organizations. *New Zealand journal of public and international law*, 2016, vol. 14, no 1, pp. 67–96.
18. Lachs M. Some Reflections on the Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1983, vol. 10, no 2, pp. 239–278.
19. Lenefsky D. Advisory Opinions as a Problem-Solving Process. *Villanova Law Review*, 1966, vol. 11, no 3, pp. 525–545.
20. Mayr T., Mayr-Singer J. Keep the Wheels Spinning: The Contributions of Advisory Opinions of the International Court of Justice to the Development of International Law. *Heidelberg Journal of International Law*, 2016, vol. 76, no 2, pp. 425–449.
21. Oellers-Frahm K. Lawmaking Through Advisory Opinions? *German law Journal*, 2011, vol. 12, pp. 1033–1056.
22. Osiemo O. Lost in Translation: The Role of African Regional Courts in Regional Integration in Africa. *Legal Issues of Economic Integration*, 2014, vol. 41, no 1, pp. 87–122.
23. Pasqualucci J. Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law. *Stanford Journal of International Law*, 2002, vol. 38, no 2, pp. 241–288.
24. Pellet A. Decisions of the ICJ as Sources of International Law? Decisions of the ICJ as Sources of International Law? *Gaetano Morelli Lectures Series*, 2018, vol. 2, pp. 7–63.

25. Romano C. The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent. *New York University Journal of International Law and Politics*, 2007, vol. 39, pp. 791–872.
26. Ruys T., Soete A. Creeping' Advisory Jurisdiction of International Courts and Tribunals? The case of the International Tribunal for the Law of the Sea. *Leiden Journal of International Law*, 2016, vol. 29, pp. 155–176.
27. Schmid J. Advisory Opinions on Human Rights: Moving Beyond a Pyrrhic Victory. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2006, vol. 16, no 2, pp. 415–456.



References

1. Aust A. (2010) Advisory Opinions. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, no 1, pp. 123–151.
2. Bailliet C. (2018) The strategic prudence of The Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion. *Brazilian Journal of international law*, vol. 15, no 1, pp. 255–276.
3. Baudenbacher C. (2004) The EFTA Court: An Actor in the European Judicial Dialogue. *Fordham International Law Journal*, vol. 28, no 2, pp. 353–391.
4. Chaika K.L. (2019) The court of integrational union as an international judicial body. *Trudi Instituta gosudarstva i prava RAN=Institute of State and Law Russian Academy of Sciences Writings*. vol. 14, no 3, pp. 147–166 (in Russ.)
5. Contesse J. (2021) The Rule of Advice in International Human Rights Law. *American Journal of International Law*, vol. 115, no 3, pp. 367–408.
6. Degtyarev K.I., O'Mara N. (2014) Consultation conclusions 2: reforming the competencies of the ECHR. *Mezhdunarodnoe pravosudie=International justice*, no 2, pp. 71–85 (in Russ.)
7. Ispolinov A. S. (2020) Consultation conclusion of the UN International Court on the case of clauses of 1951: 70 year retrospective. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 11: Pravo=Moscow State University News. Seria 11. Law*, no 2, pp. 79–94 (in Russ.)
8. Ispolinov A. S. (2017) Evolution and the ways of development of the modern international law. *Lex Russica*, no 10, pp. 58–87 (in Russ.)
9. Halafyan R.M. (2020) Advisory opinions of EAEU court as part of the mechanism of regional integration. *Sovremennoe pravo= Modern law*, no 8, pp. 122–128 (in Russ.)
10. Kozheurov Ya. S. (2012) Consultation jurisdiction of international law: Inter-American court of human rights. *Rossiiskiy yuridicheskiy zhurnal=Russian juridical journal*, no 4, pp. 95–107 (in Russ.)
11. Keene A. (2016) The Forgotten Potential of the Advisory Jurisdictions of International Courts and Tribunals as a Check on the Actions of International Organizations. *New Zealand journal of public and international law*, vol. 14, no 1, pp. 67–96.
12. Lachs M. (1983) Some Reflections on the Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 10, no 2, pp. 239–278.
13. Lenefsky D. (1966) Advisory Opinions as a Problem-Solving Process. *Villanova Law Review*, vol. 11, no 3, pp. 525–545.
14. Mayr T., Mayr-Singer J. (2016) Keep the Wheels Spinning: The Contributions of Advisory Opinions of the International Court of Justice to the Development of International Law. *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 76, no 2, pp. 425–449.

15. Nagornaya E.N. (2017) The competence of the CIS Economic Court. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya=The Journal of foreign and comparative law*, no 4 (65), pp. 136–140 (in Russ.)
16. Oellers-Frahm K. (2011) Lawmaking Through Advisory Opinions? *German law Journal*, vol. 12, pp. 1033–1056.
17. Osiero O. (2014) Lost in Translation: The Role of African Regional Courts in Regional Integration in Africa. *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 41, no 1, pp. 87–122.
18. Pasqualucci J. (2002) Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law. *Stanford Journal of International Law*, vol. 38, no 2, pp. 241–288.
19. Pellet A. (2018) Decisions of the ICJ as Sources of International Law? Decisions of the ICJ as Sources of International Law? *Gaetano Morelli Lectures Series*, vol. 2, pp. 7–63.
20. Popova A.N. (2018) Disputes involving international officials in the EAEU: nowadays and in the future. *Evraziiskii yuridicheskii zhurna=Euroasia juridical journal*, no 6 (121), pp. 15–18 (in Russ.)
21. Romano C. (2007) The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39, pp. 791–872.
22. Ruys T., Soete A. (2016) Creeping' Advisory Jurisdiction of International Courts and Tribunals? The case of the International Tribunal for the Law of the Sea. *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, pp. 155–176.
23. Schmid J. (2006) Advisory Opinions on Human Rights: Moving Beyond a Pyrrhic Victory. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 16, no 2, pp. 415–456.
24. Seitimova V.H. (2019) The role of the advisory opinions of the EAEU Court in the development of the law of the union and Eurasian integration. *Syda=Judge*, no 11 (107), pp. 34–40 (in Russ.)
25. Simonova N.S. (2015) Advisory opinions of the UN International Court in the mechanism of executing obligations. *Moskovskii zhurnal mezhdunarodnogo prava=Moscow journal of international law*, no 3, pp. 94–108 (In Russ.)
26. Smbatyan A.S. (2009) Advisory jurisdiction of the UN international court. *Sovremennoe pravo=Modern law*, no 2, pp. 98–101 (in Russ.)
27. Tolstikh V.L. (2004) *International law: practice. Advisory opinions of the UN International Court*. Moscow: MZ-Press, 167 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

О.В. Кадышева — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

O.V. Kadyшева — Candidate of Science (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 06.04.2021; одобрена после рецензирования 24.12.2021; принята к публикации 17.01.2022.

The article was submitted to the editorial office 06.04.2021; approved after reviewing 24.12.2021; accepted for publication 17.01.2022.

Научная статья

УДК 346.546.1

DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.232.258

Защита прав субъектов от нарушений антимонопольного законодательства в порядке гражданского судопроизводства в США



Валерий Геннадиевич Истомина

Институт философии и права Уральского отделения Российской академии наук,
620108 Россия, Екатеринбург, ул. Софьи Ковалевской, 16. 5555VS@rambler.ru,
<https://orcid.org/0000-0001-8313-356X>



Аннотация

Американское антимонопольное регулирование представляет собой достаточно сбалансированную систему правовых норм и судебных прецедентов, позволяющую частным лицам наряду с государственными органами активно участвовать в правоприменительной деятельности, способствуя тем самым как защите своих прав, так и пресечению соответствующих нарушений законодательства. В контексте прилагаемых Евросоюзом и Россией усилий по развитию частного антимонопольного правоприменения изучение американского опыта в данной сфере позволит определить возможные направления совершенствования российского законодательства. Предметом проведенного исследования является антимонопольное и гражданско-процессуальное законодательство США, прецедентные решения судебных органов, составляющие основу системы судопроизводства по искам, заявляемым в связи с нарушениями антимонопольных норм. Целью настоящей работы выступает определение основных особенностей американского антимонопольного регулирования и правоприменения, способствующих активному участию частных субъектов в противодействии антиконкурентному поведению, проведение сравнительного исследования положений законодательства США и России, касающихся способов защиты прав лиц от монополистической деятельности, и предложение возможных направлений развития российского антимонопольного регулирования. В работе используется методология формально-логического анализа и сравнительного правоведения, что позволяет раскрыть юридическую сущность тех или иных способов защиты гражданских прав, а также выявить особенности гражданского судопроизводства по антимонопольным искам. В результате изучения

темы сделан вывод о возможности совершенствования российского антимонопольного законодательства, исходя как из опыта правового регулирования США, так и с учетом основополагающих принципов российского гражданского права. Так, для развития частного правоприменения в сфере защиты конкуренции предлагается установить штраф за несоблюдение в добровольном порядке обоснованных требований потерпевшего либо ввести компенсацию за нарушение антимонопольного законодательства, взяв за ее основу, например, размер прибыли правонарушителя за соответствующий период. Также в работе сделан вывод, что существующая в настоящее время в США система групповых исков является более эффективной с точки зрения стимулирования частного правоприменения, чем предусмотренная российским процессуальным правом.



Ключевые слова

американское антимонопольное законодательство, способы защиты, взыскание убытков, субъекты права на иск, групповые иски, штрафы и компенсации

Благодарности: Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ. Статья подготовлена с использованием справочно-поисковой системы КонсультантПлюс.

Для цитирования: Истомин В.Г. Защита прав субъектов от нарушений антимонопольного законодательства в порядке гражданского судопроизводства в США // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. №1. С. 232–258. DOI:10.17323/2072-8166.2022.1.232.258.

Research Article

Protecting the Rights of Subjects from Antitrust Violations in the United States in Civil Proceedings



Valeriy G. Istomin

Institute of Philosophy and Law, Ural Branch, Russian Academy of Sciences, 16 Sof'i Kovalevskoj, Ekaterinburg, 620108 Russia, 5555VS@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8313-356X>



Abstract

American antitrust regulation is a fairly balanced system of legal norms and court precedents that allows individuals, along with government agencies, to actively participate in law enforcement activities, thereby contributing to both the protection of their rights and the suppression of relevant violations of the law. In the context of the efforts made by the European Union and Russia to develop private antimonopoly law enforcement, the study of American experience in this area will help identify possible directions for improving Russian legislation. The subject of this study is the antitrust and civil procedure laws of the United States, the precedent decisions of the judicial authorities that form the basis of the system

of legal proceedings on claims filed in connection with violations of antitrust rules. The purpose of this work is to identify the main features of American antitrust regulation and law enforcement that contribute to the active participation of private entities in countering anticompetitive behavior, to conduct a comparative study of the provisions of the US and Russian legislation regarding ways to protect the rights of individuals from monopolistic activities, and to suggest possible directions for the development of Russian antimonopoly regulation. The work uses the methodology of formal-logical analysis and comparative jurisprudence, which makes it possible to reveal the legal essence of certain methods of protecting civil rights, as well as to reveal the features of civil proceedings in antitrust claims. As a result of studying the issues of the topic, a conclusion was made about the possibility of improving Russian antimonopoly legislation based on both the experience of US legal regulation and taking into account the fundamental principles of Russian civil law. So, for the development of private law enforcement in the field of competition protection, it is proposed to establish a fine for non-compliance on a voluntary basis with the justified requirements of the victim or introduce compensation for violation of antimonopoly legislation, taking as its basis, for example, the amount of the offender's profit for the relevant period. The paper also concluded that the current system of class actions in the United States is more effective in terms of stimulating private enforcement than that provided for by Russian procedural law.

Keywords

American antitrust laws, methods of protection, recovery of losses, subjects of the right to claim, class actions, fines and compensation

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

For citation: Istomin V.G. (2022) Protecting the Rights of Subjects from Antitrust Violations in the United States in Civil Proceedings. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no 1, pp. 232–258 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2022.1.232.258.

Введение

Антимонопольное регулирование в США прошло достаточно длительный и интересный путь развития и является эффективным механизмом противодействия различным формам проявления монополистической деятельности. В настоящее время американское антимонопольное законодательство представляет собой систему мер, направленную на обеспечение баланса интересов участников отношений конкуренции и защиту прав хозяйствующих субъектов и потребителей. Одной из важных составляющих американской системы правоприменения, в том числе и в сфере антимонопольного регулирования, традиционно является поощрение и развитие частного правоприменения (private enforcement), т.е. осуществляемого по инициативе частных лиц. В этом можно усмотреть своеобразие и уникальность процедуры реализации антимонопольных норм в США, где на каждое дело, возбужденное антимонопольным органом, приходится примерно 10 дел, ини-

цированных в федеральных судах по искам частных лиц [Crane D., 2010: 675–676]. Здесь наблюдается известное отличие от российской (да и европейской) законодательной доктрины и правоприменительной практики, где имеет место превалирование публично-правовых, административных способов защиты нарушенных прав. Вместе с тем, представляется, что защита прав, осуществляемая по инициативе частных лиц, зачастую может приводить, как минимум, к не менее эффективным результатам. Доказательство тому можно найти при анализе американского опыта антимонопольного регулирования. В связи с этим представляется достаточно интересным рассмотреть существующие в антимонопольном законодательстве США механизмы стимулирования частного правоприменения, изучить возможности заимствования отдельных его положений с учетом специфики российской правовой системы.

1. История формирования американского антимонопольного законодательства

Необходимость принятия антимонопольных норм в США была вызвана нарушением крупными компаниями — монополистами основ рыночной экономики. Тенденция монополизации, достигшая расцвета в США в конце XIX века, в качестве оборотной стороны имела растущее общественное недовольство недобросовестным поведением монополий при осуществлении предпринимательской деятельности, злоупотреблением ими рыночной властью. Американское антимонопольное законодательство, в первую очередь, было нацелено на развитие добросовестной конкуренции, предотвращение незаконных методов конкурентной борьбы и изначально стало развиваться в штатах, а не на федеральном уровне. В 1883 г. антитрестовский Закон был принят в штате Алабама, затем в 1889 г. Канзас и еще 16 штатов приняли законы, объявляющие наказуемым и противозаконным создание любых союзов, каким-либо образом ограничивающих торговлю [Погодина И.В., Маркова Е.С., Аверин А.В., 2016: 746–749]. При этом антимонопольное регулирование являлось частью проводимых в Америке реформ, направленных на общее усиление государственного регулирования экономики и ограничение влияния крупного капитала. Один из авторов данной программы реформ известный американский юрист Л. Брандаиз выразился следующим образом: «Либо у нас будет демократия, либо богатство, сконцентрированное в немногих руках. Обе цели недостижимы» [Берлявский Л.Г., 2017: 9–12].

В 1890 г. Конгресс США принял широко известный Закон Шермана, положивший начало формированию антимонопольного законодательства США на федеральном уровне. Одной из причин его появления стала деятельность такого гиганта, как Standart Oil, контролировавшего порядка 90% всей не-

фтеперерабатывающей промышленности и активно злоупотреблявшего своим доминирующим положением, устанавливая повышенные тарифы на транспортировку нефти для своих конкурентов и добиваясь разорения более мелких компаний. В литературе отмечается, что при принятии Закона Шермана американские законодатели обратились к опыту английского нормативного акта — Statute of Monopolies, принятого британским парламентом в далеком 1623 г. и установившего право любого субъекта, пострадавшего от незаконных действий монополии, вернуть себе причиненные убытки в тройном размере, а также взыскать вызванные судебным разбирательством расходы в двойном размере [Baker D., 2004: 379].

Согласно параграфам 1–3 Закона Шермана, любой договор, объединение в форме треста или в какой-либо иной форме либо сговор с целью ограничить торговлю или коммерческую деятельность на территории США либо с иностранными государствами объявляются незаконными и запрещаются. За подобные действия, а также за монополизацию либо попытку монополизации какой-либо сферы торговли или коммерческой деятельности предусмотрена возможность привлечения к уголовной ответственности с назначением штрафа или тюремного заключения. Действующая в настоящее время редакция данных норм предусматривает штраф до 100 млн. долларов с корпораций и до 1 млн. долларов с физических лиц, а также лишение свободы на срок до 10 лет¹. Параграф 7 Закона Шермана в основном воспринял положение английского Statute of Monopolies, установив, что любой субъект, бизнесу или имуществу которого причинены убытки в результате нарушения антимонопольных предписаний, имеет право обратиться с иском в любой окружной суд Соединенных Штатов, где находится или проживает ответчик и получить возмещение, в три раза превышающее сумму причиненного ему ущерба, помимо стоимости судебных расходов и вознаграждения адвоката. Таким образом, потерпевшим была предоставлена возможность взыскания причиненных им нарушением антимонопольного законодательства убытков в тройном размере, однако возмещение судебных издержек предусматривалось в однократном, а не в двойном размере.

Впоследствии американский Конгресс принял другие важные нормативные акты, в том числе Закон Клейтона (1914), Закон о Федеральной торговой комиссии (1914), Закон Робинсона-Патмана (1936) и Закон Целлера-Кефопера (1950), дополнившие и развившие систему антимонопольного регулирования США. Помимо этого в США традиционно важную роль играет прецедентное регулирование отношений конкуренции, проявляющееся на уровне решений Верховного Суда США, принимаемых при рассмотрении

¹ Закон Шермана. Действующая редакция. Available at: URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1> (дата обращения: 10.04.2021)

конкретных дел и впоследствии применяемых судами различных инстанций. Параллельно с деятельностью законодательных органов развивалась и теоретическая доктрина антимонопольного регулирования, где постепенно основной акцент смещался в сторону экономического анализа рынка и определения экономической обоснованности поведения субъектов, а в качестве основной цели регулирования в настоящее время признается максимальное повышение благосостояния потребителей [Dabbah E., 2019: 138–139].

Органами антимонопольного контроля в США являются Антитрестовский отдел Министерства юстиции и Федеральная торговая комиссия. Они вносят весомый вклад в реализацию государственной антимонопольной политики [Kovacic W., 2003: 377–478]. Антитрестовский отдел производит уголовное преследование за нарушения антимонопольного законодательства, возбуждая соответствующие дела и участвуя в их судебном рассмотрении. Также в компетенцию отдела входит предъявление гражданско-правовых исков. Федеральная торговая комиссия осуществляет административный надзор за соблюдением антимонопольного законодательства и при обнаружении нарушений может добиваться как их добровольного устранения, так и заявлять административные жалобы, рассматриваемые судьями по административным делам, либо инициировать иски о нарушении антимонопольного законодательства в порядке гражданского судопроизводства.

2. Защита прав субъектов от нарушений антимонопольного законодательства и лица, управомоченные на предъявление соответствующих исков

2.1. Способы защиты прав субъектов по американскому антимонопольному законодательству

Исковое производство по делам об антитрестовских нарушениях в США является важным элементом системы защиты прав субъектов. Среди различных исковых требований главенствующее место традиционно занимают иски о взыскании причиненных убытков. Исходя из содержания соответствующих нормативных предписаний и практики их применения судебными органами США, сформировался ряд важных правил взыскания убытков, причиненных антимонопольным правонарушением. Прежде всего, антимонопольные убытки взыскиваются в трехкратном размере. Данная норма содержится в § 4 Закона Клейтона и § 7 Закона Шермана. Такое взыскание убытков рассматривается в американской юридической литературе в качестве одного из важных элементов системы частного правоприменения, который обеспечивает, в первую очередь, выполнение функции сдерживания

(deterrence), предотвращения нарушений антитрестовского законодательства [Huffman M., 2018: 113].

Это обусловлено тем, что потенциальный нарушитель будет соизмерять получаемые от нарушения выгоды с вероятностью раскрытия его незаконной практики, поскольку пока вероятность раскрытия его действий будет меньше потенциально извлекаемых доходов, нарушитель имеет стимул к продолжению противоправной практики [Posner R., 2001: 60–61]. Такие убытки выполняют и функцию наказания лица за нарушение антимонопольного законодательства. Так, американский судья О'Коннор дал следующую характеристику юридической сущности штрафных убытков: «Основным отличием штрафных убытков от убытков компенсационных, которые позволяют установить сумму действительных финансовых потерь стороны, является то, что они были специально разработаны для того, чтобы подвергнуть ответчика дополнительному наказанию помимо взыскания возмещения причиненного вреда для того, чтобы стало ясно, что деяние ответчика дополнительно заслуживает порицания» [Аболонин Г.О., 2015: 242]. Вместе с тем, в соответствии с последними изменениями в законодательстве США лица, добровольно раскрывшие свое участие в нарушении антимонопольного законодательства и способствовавшие установлению иных участников, возмещают причиненный ущерб в однократном размере, а также не отвечают перед судом солидарно с иными участниками [Рудомино В., Нумерова А., 2010: 49].

Расчет и обоснование точного размера наступивших убытков является достаточно непростым делом, особенно по такой категории споров, как антимонопольные правонарушения, которые требуют анализа значительного объема информации о состоянии рынка, уровне цен, экономических последствиях того или иного поведения хозяйствующих субъектов. В целях облегчения доказывания понесенных убытков и недопущения ухода правонарушителя от ответственности в судебной практике США установлен стандарт «справедливого и разумного умозаключения», предполагающий оценку причиненных убытков с учетом как прямых, так и косвенных доказательств [Бахаева А.В., 2015: 77]. Так, по делу *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.* судебные органы указали, что принципы справедливости и публичного порядка требуют, чтобы риск неопределенности размера убытков возлагался на ответчика, а не на истца. Обратное приводило бы к тому, что ответчики оставались бы при своих доходах, несмотря на убытки их жертв [Стариков А.В., 2020: 129–130].

С другой стороны, излишний субъективизм судебных органов может стать причиной того, что присужденные штрафные убытки окажутся несоизмеримыми характеру допущенного правонарушения и тем самым поставят под сомнение справедливость принятого решения. Понимая данное

обстоятельство, Верховный Суд США указал, что при решении вопроса о применении штрафных убытков необходимо учитывать как наличие разумного соотношения между суммой штрафных убытков и вредом, который был причинен ответчику либо мог бы быть причинен, так и ряд иных обстоятельств (степень социальной опасности поведения ответчика и его продолжительность, степень вины ответчика, размер неправомερных доходов, полученных ответчиком, его финансовое положение, общая сумма судебных расходов по делу). При этом в США высказывается предложение об ограничении на федеральном уровне предельного размера штрафных убытков, взыскиваемых в рамках одного дела [Аболонин Г.О., 2015: 244–245]. Однако применительно к антимонопольным убыткам судебная дискреция ограничена, поскольку их трехкратный размер четко закреплен нормативно.

Кроме того, при взыскании убытков, вызванных нарушением антимонопольного законодательства, американская правовая доктрина предполагает соблюдение и ряда других правил: правила прямого вреда (*direct injury*), правила необходимости наличия антиконкурентного эффекта (*antitrust injury*), а также правила «целевой области» (*target area*). Правило возмещения прямого вреда предполагает, что с заявлением о взыскании антимонопольных убытков должен обратиться именно тот субъект, которому прямо и непосредственно они были причинены. Данное правило наиболее четко было сформулировано при рассмотрении дела *Loeb v. Eastman Kodak*, где суд указал, что акционер либо кредитор компании, ставшей банкротом в результате нарушения ответчиком антимонопольного законодательства, тем не менее, не вправе требовать возмещения ему убытков на основании Закона Шермана, поскольку антиконкурентные действия были направлены не против истца, а против компании, и вред, причиненный истцу в результате ее банкротства, является опосредованным и косвенным. С иском о возмещении антимонопольных убытков имеет право обратиться сама компания в лице уполномоченного субъекта².

Правило необходимости наличия антиконкурентного эффекта означает, что лицо, заявляющее требование о возмещении убытков, должно доказать не только наступление вреда от действий, формально запрещенных антимонопольным законодательством, но и то, что такие действия негативным образом отражаются на конкуренции, приводят к ее снижению. В частности, в деле *Atlantic Richfield v. USA Petroleum* истец предъявил к ответчику требование о возмещении убытков в связи с нарушением § 1 Закона Шермана, которое, по мнению истца, выразилось в установлении ответчиком в соглашениях со своими дилерами максимальной цены перепродажи бензина,

² *Loeb v. Eastman Kodak Co.*, 183 F. 704 (3d Cir. 1910). Available at: URL: <https://casetext.com/case/loeb-v-eastman-kodak> (дата обращения: 10.04.2021)

что, в свою очередь, повлекло увеличение объема розничных продаж бензина истца и его доли на рынке. При этом компания USA Petroleum являлась конкурентом дилеров ответчика на рынке розничной торговли бензином. В своем решении по данному делу Верховный Суд США фактически признал факт нарушения § 1 Закона Шермана, запрещающего ценовые соглашения. Однако в удовлетворении исковых требований было отказано со ссылкой на то, что антиконкурентный вред, подлежащий взысканию, — это тот ущерб, который соответствующее законодательство было вызвано предотвратить, а возмещение убытков, понесенных в результате обычной продолжающейся конкуренции, противоречит сути антимонопольного законодательства.

Применительно к рассматриваемой ситуации установление максимальной цены перепродажи такого подлежащего возмещению вреда для истца повлечь не могло, поскольку действия ответчика не оказали какого-либо неблагоприятного воздействия на дилеров или потребителей. Более того, ценовая политика ответчика привела к сокращению продаж бензина отдельным крупным дилерам, которые, в свою очередь, не могли предложить потребителям желаемый уровень сервиса, отчего истец даже выиграл. Суд также отметил, что снижение цены для расширения бизнеса часто является сутью конкуренции, а низкие цены выгодны потребителям независимо от того, как они установлены. Пока не доказано хищнического ценообразования, такие действия не угрожают конкуренции³. Аналогичный вывод об отсутствии вреда для конкуренции был сделан и по делу *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, где Верховный Суд США, отказывая в иске, указал, что незаконными являются лишь те слияния и поглощения, которые имеют антиконкурентный эффект, и, даже если у истца и возникают какие-то убытки в результате действий ответчика, то они обязательно должны быть вызваны ослаблением, а не усилением конкуренции⁴.

Интересной особенностью современного антимонопольного правоприменения является то, что американские суды скептически относятся к антимонопольному ущербу, причиняемому инновациями и конструктивными особенностями новых продуктов. Так, *Kinder Start*, веб-сайт поиска товаров и услуг для детей, подал частный иск против Google за попытку монополизации и монополизацию рынков в нарушение параграфа 2 Закона Шермана. Утверждалось, что Google манипулировал своим алгоритмом ранжирования страниц, чтобы понизить рейтинг *Kinder Start* в поиске, а также установил высокие расценки за размещение информации рекламного

³ *Atlantic Richfield v. USA Petroleum*, 495 U.S. 328 (1990). Available at: URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/328/> (дата обращения: 10.04.2021)

⁴ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977). Available at: URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/477/> (дата обращения: 10.04.2021)

характера. Это снизило посещаемость веб-сайта Kinder Start и привело к потере коммерческих доходов и доходов от рекламы. Однако иск был отклонен Федеральным судом Северного округа Калифорнии. В числе причин отказа в иске было указано, что у Google не было конкретного намерения монополизировать рынок, поскольку Kinder Start не доказал, что он конкурирует с Google; простое установление высоких цен не является нарушением антимонопольного законодательства и при этом Google не обязан помогать своему возможному сопернику; даже если Kinder Start будет удален с рынка, это не является тем ущербом, который антимонопольное законодательство пытается предотвратить, пока компания не докажет, что такое удаление вредит благосостоянию потребителей [Lancieri F., 2019: 44–45].

Правило «целевой области» в каком-то смысле примыкает к правилу о необходимости доказывания антиконкурентного эффекта, поскольку его суть заключается в том, что правом на иск о возмещении антимонопольных убытков обладает субъект, осуществляющий деятельность в той области, в которой проявились антиконкурентные последствия поведения правонарушителя. В деле *Conference of Studio Unions v. Lowe's Inc.* суд рассматривал заявление объединения профсоюзов работников киноиндустрии и отдельных членов профсоюзов, которые обвинили группу крупных кинокомпаний и ассоциацию работников, занятых в сфере кинопроизводства, в заключении ограничивающего конкуренцию соглашения. В рамках данного соглашения кинокомпании приняли обязательство принимать на работу при производстве фильмов лишь членов ассоциации, а ассоциация, в свою очередь, должна была воздерживаться от предоставления конкурентам этих кинокомпаний квалифицированных работников и требовать оплаты труда своих членов по более высоким расценкам. Это должно было привести к сокращению производства фильмов конкурентами данных крупных кинокомпаний. Действия ответчиков, по мнению заявителей, причинили им ущерб в виде потери членами профсоюза заработной платы вследствие их увольнения кинопроизводителями – участниками сговора, а также в виде потери доходов объединением профсоюзов в целом по причине уменьшения количества членов профсоюзов в связи с их выходом.

По итогам судебного разбирательства в иске было отказано. Суд отметил: истец должен доказать, что он находится в той сфере экономики, которой угрожает нарушение условий конкуренции. В противном случае он не может пострадать только «по причине» чего-либо запрещенного антимонопольным законодательством. Для того, чтобы имелись основания для иска о взыскании антимонопольных убытков, истцу необходимо доказать не только то, что одной из целей сговора было ограничение конкуренции, но и то, что причинение ему вреда было объективно закономерно, а не случайно. Здесь же истцы участниками рынка производства и проката кинофильмов

не являлись, ими являлись, прежде всего, кинокомпании, против которых и было направлено указанное соглашение⁵.

Убытки, причиненные нарушением антитрестовского законодательства, могут выражаться как в виде реального ущерба (например, переплата за приобретенный по монополюно высокой цене товар), так и в виде упущенной выгоды (неполученная прибыль). Помимо требования о возмещении убытков субъекты, пострадавшие от нарушений антимонопольного законодательства, вправе заявить и иные требования. Основанием для подобных исков будет служить параграф 16 Закона Клейтона, согласно которому любое физическое либо юридическое лицо имеет право подать иск и получить судебный запрет в любом суде Соединенных Штатов, имеющем юрисдикцию над сторонами, в случае возникновения ущерба или наличия угрозы его причинения в результате нарушения антимонопольного законодательства.

Такие судебные запреты могут выражаться в возложении на ответчика обязанности прекратить противоправное поведение либо обязанности действовать определенным образом в целях сохранения конкуренции на рынке. Ситуации, по которым могут быть вынесены судебные запреты, а также их содержание законодательством детально не регламентируются. Это позволяет сделать вывод об универсальности данного способа защиты и возможности его использования исходя из обстоятельств.

Кроме того, важную роль в обеспечении эффективного функционирования рынка и пресечения попыток его монополизации играет предусмотренная антимонопольным законодательством США возможность оспаривания действий, связанных со слияниями и присоединениями компаний. Согласно § 7 Закона Клейтона, запрещаются сделки, направленные на приобретение активов других компаний, если в результате такого приобретения произойдет ограничение конкуренции или создание монополии. В случае нарушения данного запрета возможно разделение возникшей компании в судебном порядке.

Контроль за экономической концентрацией осуществляет, прежде всего, Федеральная торговая комиссия, которая занимается как изучением уведомлений о предстоящих сделках по приобретению активов, так и заявлением требований о принудительном разделении компаний, монополизировавших рынок. Однако Верховный Суд США при рассмотрении одного из дел указал, что частным лицам также доступно такое средство защиты, как разделение ответчика или его имущества в случае нарушения антитрестовского законодательства. Это требование может быть заявлено не только в случаях, когда есть угроза, что будущая сделка может причинить вред, но и тогда,

⁵ Conference of Studio Unions v. Lowe's Inc., 193 F.2d 51 (9th Cir. 1952). Available at: URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/193/51/349373/> (дата обращения: 10.04.2021)

когда сделка закрыта, т.е. исполнена. Вместе с тем, в литературе отмечается, что такой способ защиты частными лицами на практике используется крайне редко [Стариков А.В., 2020: 66].

2.2. Право на предъявление исковых требований по делам об антимонопольных правонарушениях

Предъявление исков осуществляется на условиях установленных законодательством правил подсудности. Иски предъявляются в федеральные окружные суды либо, в некоторых случаях, у истца имеется возможность предъявить иск в суд штата, основываясь на его процессуальном законодательстве⁶. Право на иск принадлежит как частным лицам, так и уполномоченным федеральным органам власти, к которым относятся Антитрестовский отдел Министерства юстиции США и Федеральная торговая комиссия. В литературе отмечается, что в настоящее время более 90% антимонопольных исков, рассматриваемых судами США, подаются частными лицами [Foer A., Cuneo J., 2012: 4].

В правоприменительной практике различаются гражданские иски, подаваемые на основании уже вынесенного решения соответствующего государственного органа о наличии антимонопольного правонарушения (*follow-on actions*), и такие, которые заявляются при отсутствии подобного решения и не основаны на нем (*stand-alone actions*). Важной особенностью практики предъявления антимонопольных исков в США является значительное количество *stand-alone actions*, которое, как минимум, сопоставимо с количеством исков, основанных на предшествующих решениях антимонопольного органа (*follow-on actions*) [Rodger B., 2013: 107]. Американские ученые подчеркивают, что особенность частного правоприменения состоит в том, что оно обеспечивает приток ресурсов в область вероятного успеха и может поддержать государственное правоприменение в случае, когда по политическим или бюджетным причинам его уровень недостаточен [Huffman M., 2018: 114]. Вместе с тем, отмечается, что его эффективность в антимонопольной сфере в определенной степени снижается в связи с длительностью судебных разбирательств по таким делам, продолжающихся, в среднем, в течение нескольких лет [Crane D., 2010: 692]. В странах Евросоюза и России на сегодняшний день ситуация иная — абсолютное большинство исков, подаваемых по причине несоблюдения норм законодательства о защите кон-

⁶ Например, законодательство некоторых штатов разрешает предъявление требований о возмещении антимонопольных убытков непрямым покупателям, в то время как на федеральном уровне, по общему правилу, не прямые контрагенты правонарушителя права на иск не имеют.

курении, являются исками, основанными на решении антимонопольного органа. Количество stand-alone actions крайне невелико.

Реализация субъектами права на обращение в суд с заявлением о применении в отношении нарушителя антимонопольного законодательства того или иного способа защиты в США также имеет особенности. Прежде всего, речь идет о том, что с подобными исками могут обращаться либо непосредственные контрагенты, либо конкуренты правонарушителя. Косвенные контрагенты монополиста (т.е. субъекты, напрямую не связанные с ним договорными отношениями, а приобретающие в рамках цепочки последующих сделок товары у его покупателей) права на иск по отношению к нему не имеют. Так, в широко известном в американской правоприменительной практике деле *Illinois Brick Co. v. Illinois* Верховный Суд США отметил, что по смыслу параграфа 4 Закона Шермана именно прямой покупатель правонарушителя, а не кто-либо другой в цепочке производства или распределения является стороной, «пострадавшей в своем бизнесе или собственности».

В этом деле правительство штата Иллинойс и ряд местных органов власти предъявили иск к 11 производителям бетонных блоков, обвинив их в ценовом сговоре и добиваясь тройного возмещения убытков. Однако истцы выступали лишь заказчиками соответствующих работ, выполняемых по государственным и муниципальным контрактам, и не являлись прямыми покупателями данных блоков. Компании — производители блоков продавали их напрямую подрядчикам, занимающимся каменной кладкой, чтобы они выполняли работы, порученные им генеральными подрядчиками во время строительства новых зданий.

Отказывая в иске, суд указал, что, во-первых, поскольку существующая судебная практика по антимонопольным делам не допускает применения ответчиками возражений, основанных на перенесении истцами своих убытков на последующих покупателей (дело *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*), то и нельзя наделять правом на предъявление исковых требований истцов — не прямых покупателей. Это ставит потенциальных истцов и ответчиков в равное положение. Во-вторых, если допустить возможность обращения с исками не прямых покупателей, то будет очень тяжело разобраться — какая часть убытков подлежит возмещению прямому покупателю, а какая была перенесена им на не прямых покупателей, поскольку рыночная экономика — это сложный механизм, где ценообразование зависит от многих факторов, а не только от цены приобретения товара, перепродаваемого впоследствии⁷.

⁷ *Illinois Brick Co. v. Illinois.*, 431 U.S. 720 (1977). Available at: URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/720/> (дата обращения: 10.04.2021)

Данное правило, получившее название правила Illinois Brick или «доктрины кирпича штата Иллинойс», имеет некоторые исключения. Так, в частности, если прямой покупатель является субъектом, контролируемым правонарушителем, либо если прямой и косвенный покупатели заключают сделку по принципу «затраты плюс» (т.е. когда косвенный покупатель обязуется приобрести товар у прямого покупателя непосредственно по цене, по которой тот его приобрел плюс некоторая наценка), то в этих случаях правом на иск обладает и косвенный покупатель. Кроме того, необходимо отметить, что законодательство многих штатов, в отличие от федерального, позволяет непрямым покупателям требовать возмещения причиненных убытков непосредственно от нарушителя антимонопольного законодательства.

В литературе указывается, что потребители являются своего рода привилегированными истцами по антимонопольным делам, поскольку после того, как в 1979 г. Верховный Суд США принял решение по делу *Reiter v. Sonotone Corp.*, в котором установил право конечных потребителей подавать антимонопольные иски, правило Illinois Brick распространяется на всех не прямых контрагентов монополиста, кроме конечных потребителей [Бахаева А.В., 2015: 75]. Вместе с тем, несмотря на данное утверждение, правило все же является препятствием для предъявления антимонопольных гражданских исков конечными потребителями, хотя судебной практике известны прецеденты, когда в конкретных ситуациях оно применено не было. В настоящее время интересы конечных покупателей могут защищаться скорее при помощи раздела III Закона Харта-Скотта-Родио (1976), устанавливающего право генерального прокурора штата подать гражданский иск от имени и в интересах физических лиц, проживающих в таком штате, в любой окружной суд Соединенных Штатов, в юрисдикции которого находится ответчик, в том числе с требованием о взыскании причиненных убытков.

«Доктрина кирпича» впоследствии не раз была предметом обсуждения в Верховном Суде США. При этом в решениях высшего судебного органа наблюдается ее расширительное толкование. В частности, по делу *Apple, Inc. v. Pepper* группой истцов — владельцев айфонов компании Apple и покупателей мобильных приложений для них — был заявлен иск о возмещении антимонопольных убытков, причиненных им данной компанией в результате монополизации рынка мобильных приложений для айфонов. Истцы обвинили компанию Apple в том, что, продавая мобильные приложения, разработанные различными производителями, через свою торговую площадку App Store, она в качестве условий доступа разработчиков на данную площадку запрещала им продавать свои приложения на других торговых площадках, устанавливала комиссионный сбор в размере 30% с продажи каждого приложения, а в рекомендациях для пользователей айфонов требовала устанавливать лишь приложения, приобретенные через App Store.

Истцы заявили, что действия Apple привели к незаконной монополизации вторичного рынка приложений для айфонов и возникновении у них убытков от переплаты за мобильные приложения, в цену которых была включена и 30%-ная комиссия.

Компания Apple требований не признала и заявила, что истцы приобретают мобильные приложения не у нее, а у разработчиков, поэтому не являются прямыми покупателями и в силу правила Illinois Brick права на иск не имеют. Теоретически пострадавшими можно признать лишь компании — производителей, которые платили указанную комиссию. Однако Верховный Суд США посчитал аргументы ответчика неубедительными и в своем решении отметил, что пользователи айфонов были напрямую затронуты гонораром Apple и не были вторичными покупателями. Они могут предъявить иск компании Apple напрямую, поскольку именно гонорар компании повлиял на цены приложений. Несмотря на то, что структура любых убытков, которые покупатели приложений могут выиграть в таком иске, может быть сложной, это не является фактором, определяющим статус иска⁸.

Сама «доктрина кирпича» как таковая имеет неоднозначную оценку среди представителей американской юриспруденции, специализирующихся в сфере конкурентного права. Так, в докладе Комиссии по модернизации антимонопольного законодательства, представленном Конгрессу США в 2007 г., содержалась рекомендация отменить правила Illinois Brick и Hanover Shoe «в той мере, в какой это необходимо, чтобы позволить как прямым, так и косвенным покупателям подавать иски о возмещении фактического ущерба от нарушения федерального антимонопольного законодательства». При этом убытки между прямыми и косвенными покупателями предлагалось распределять «в соответствии с доказательствами в отношении размера ущерба, который они понесли»⁹.

3. Групповые иски как специфическая правовая процедура защиты прав субъектов от нарушений антимонопольного законодательства

Говоря об американском гражданском судопроизводстве, в соответствии с правилами которого происходит рассмотрение различных исковых требований, нельзя не отметить, что в США помимо традиционно заявляемых индивидуальных исков действует весьма эффективный процессуальный

⁸ Apple, Inc. v. Pepper, 587 U.S. (2019). Available at: URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-204/> (дата обращения: 10.04.2021)

⁹ Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations. Available at: URL: <https://govinfo.library.unt.edu/amc/index.html> (дата обращения: 10.04.2021)

институт борьбы с массовыми нарушениями законодательства со стороны крупных компаний — так называемые групповые (или коллективные) иски (class actions). Подобный институт неплохо зарекомендовал себя, в том числе и в сфере борьбы с антиконкурентным поведением.

В самом деле, ущерб, причиненный одному лицу в результате нарушения антимонопольного законодательства, может оказаться небольшим, а судебные расходы, связанные с предъявлением иска и ведением дела, в том числе с необходимостью сбора и представления доказательств, достигать значительных сумм. К тому же возможный результат рассмотрения иска изначально неизвестен. Это выступает серьезным сдерживающим фактором для предъявления индивидуальных антимонопольных исков, прежде всего со стороны физических лиц. Вместе с тем, если вести речь обо всех лицах, которым противоправными действиями был причинен ущерб и которые могут выступать потенциальными истцами, то их число иногда может достигать сотен тысяч и даже миллионов человек, а размер ущерба, особенно в результате действий крупных компаний, исчисляться сотнями миллионов долларов. В связи с этим групповое судебное разбирательство рассматривается в США как «эффективный способ обращения в суд, который не принес бы результата при обращении отдельных истцов, но при обращении группы возможно эффективно сдержать незаконное или вредоносное поведение организации-ответчика» [Звиер П., Ярков В.В., 2020: 145].

Исследователи отмечают, что практика предъявления групповых исков уходит историческими корнями в процедуры судопроизводства Великобритании и берет начало примерно с конца XII века [Журбин Б.А., 2008: 3]. В настоящее время право на предъявление групповых исков в США установлено правилом 23 Федеральных правил гражданского процесса, согласно которому один или несколько членов группы могут предъявлять иски и отвечать по ним в качестве стороны по представительству от имени всей группы только при условии, если: группа настолько многочисленна, что объединение в деле всех членов группы невыполнимо; вопросы права и факта в иске являются общими для всей группы; исковые требования или возражения на них сторон по представительству типичны для данной группы; и стороны по представительству будут справедливо и адекватно защищать интересы данной группы. Помимо указанных требований правило 23 также формулирует другое важное условие для принятия группового иска к рассмотрению: суд должен прийти к выводу, что вопросы права или факта, общие для всей группы, преобладают над вопросами, затрагивающими интересы только отдельных членов группы, и что групповой иск предпочтителен перед другими доступными способами правильного и эффективного разрешения судебного спора.

Современной теории процессуального права и законодательству известны две модели коллективных исков в зависимости от правил вовлечения

участников группы в групповое производство: модель opt-out actions (т.е. членами группы изначально признаются все лица, потенциально относящиеся к данной группе, за исключением тех, которые прямо заявили о намерении выйти из нее) и модель opt-in actions (т.е. членами группы являются лишь те лица, которые прямо присоединились к заявленному требованию в рамках группового иска). В американской правовой системе действует модель opt-out actions, которая позволяет принимать решения в отношении достаточно больших групп потенциальных истцов (ответчиков). Групповой иск заявляется с целью защиты как собственных интересов лица (лиц), предъявившего иск, так и интересов определенной группы истцов (физических или юридических лиц), а сила вынесенного судебного решения распространяется на всех членов группы, независимо от их личного участия в деле. При рассмотрении гражданских дел в США действует специфический стандарт доказывания: более вероятно, чем нет. Иначе говоря, при принятии решения по делу, в том числе и при определении размера взыскиваемых сумм, вопрос решается на основе оценки степени вероятности [Решетникова И.В., 2019: 431, 438].

Практика групповых исков свидетельствует о достаточно серьезных имущественных взысканиях, налагаемых на компании — правонарушителей, и о функционировании развитой системы частного правоприменения, основанной на инициативе пострадавших от монополистической деятельности лиц и их представителей. При этом крупные корпорации в США активно выступают против групповых исков по модели opt-out, а также взыскания сверхкомпенсационных убытков и всячески стараются добиться изменения законодательства в этой части.

Порядок возбуждения и рассмотрения дел по групповым искам обладает спецификой и в целом непростой, часто требует значительных организационных, временных и финансовых затрат. Он предполагает тщательный анализ судом заявленных требований о признании иска групповым, определение состава группы, изучение представленного истцами и их адвокатами плана судебного разбирательства по коллективному иску, в том числе в части определения размера причиненного ущерба для отсутствующих членов группы, извещение ответчика и участников группы о судебном разбирательстве по иску. Одними из самых важных при рассмотрении дел по групповым искам являются вопросы определения (сертификации) группы лиц, а также установление наличия «требований преобладания и превосходства», закрепленных правилом 23 и позволяющих говорить о том, что общие вопросы права и факта в данном деле преобладают над индивидуальными особенностями правоотношений с участием отдельных членов группы, а рассмотрение данного дела предпочтительнее в рамках группового иска, нежели в рамках многочисленных индивидуальных судебных исков.

Трудоемкий и затратный характер дел по групповым искам способствует тому, что ими успешно могут заниматься, прежде всего, крупные юридические компании, имеющие определенный штат сотрудников и финансовые возможности. Некоторые из них даже специализируются на делах такого рода, поскольку стандартные «гонорары успеха» в случае выигрыша процесса составляют порядка 20-30% взысканной суммы. Потенциальные ответчики опасаются групповых исков и, будучи привлеченными в качестве таковых, иногда даже предпочитают заключить мировое соглашение, не доводя дело до вынесения решения, так как в случае взыскания тройных убытков в пользу большой группы лиц они могут понести очень серьезные финансовые потери.

Даже в случае выигрыша ответчиком процесса по групповому иску какие-либо судебные расходы ему возмещены не будут, поскольку, по общему правилу, их могут взыскать только истцы (правило «платит проигравшая сторона» американскому процессуальному законодательству не известно). Так, например, российская компания АО «Уралкалий» в сентябре 2012 г. года пошла на подписание нескольких мировых соглашений с истцами, представлявшими прямых и косвенных покупателей хлористого калия и предъявившими в суд США групповые иски, связанные с обвинением компании «Уралкалий» и ряда других организаций в ценовом сговоре с целью согласования цен на свою продукцию в нарушение Закона Шермана. Общая сумма выплат по мировым соглашениям составила 12,75 млн. долларов, несмотря на то, что в этих соглашениях АО «Уралкалий» виновным в нарушении антимонопольного законодательства себя не признало¹⁰.

В качестве одного из наиболее распространенных возражений со стороны ответчиков против требований истцов по групповым искам выступает оспаривание надлежащего определения состава группы, в том числе путем утверждений о наличии существенных обстоятельств, относящихся к отдельным членам группы, которые не могут быть в полной мере учтены при рассмотрении группового иска. Современная практика рассмотрения групповых исков свидетельствует об усилении судебного контроля за обоснованностью определения состава группы, использовании стандарта «строгого анализа» при сертификации членов группы в таких исках [Toal M., 2014: 546–547]. Исследователи судопроизводства по коллективным искам в США утверждают, что ответчики по таким искам все чаще стали успешно для проходить процедуру сертификации группы. Например, в 2015-2016 гг. суд отказал в признании иска групповым, когда ответчиками были производители окон, кровельной черепицы, стиральных машин, производители непатенто-

¹⁰ «Уралкалий» урегулировал антимонопольные иски в США. Available at: URL: <https://pravo.ru/interpravo/news/view/77669/> (дата обращения: 10.04.2021)

ванных лекарственных средств, должники с дебиторской задолженностью, продавцы недвижимости [Звиер П., Ярков В.В., 2020: 148].

Конечно, институт групповых исков и правило о взыскании тройных убытков имеют и определенные негативные черты, связанные с недобросовестным поведением некоторых адвокатов истцов, преследующих интересы личной выгоды в ущерб имущественным интересам представляемых, а также с риском причинения убытков компаниям, которые, опасаясь быть втянутыми в затратные судебные разбирательства по коллективным искам, предпочитают идти на мировые соглашения и нести расходы, в том числе и в случаях, когда групповые иски недостаточно обоснованы. В литературе признается, что высокие судебные издержки и тройные убытки могут чрезмерно увеличить стоимость ведения бизнеса для компании [Lancieri F., 2019: 49–50].

Вместе с тем, в целом следует согласиться с мнением, что такой инструмент защиты прав лиц, пострадавших от нарушений антимонопольного законодательства, как частнопроводимые иски детально разработан и регламентирован в США на федеральном уровне и на уровне отдельных штатов и на протяжении долгого времени успешно применяется [Борзова М.А., Подгузова К.Г., 2013: 63]. Антитрестовское регулирование в США и Евросоюзе стало составной частью предпринимательской практики и оказывает значительное антимонополистическое, проконкурентное влияние на структуру и функционирование частного сектора [Кинев А.Ю., 2014: 18].

4. Российское и американское законодательство: возможные направления развития отечественного правового регулирования

В России в соответствии с ч.3 ст.37 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹¹ любое лицо, права и интересы которого нарушены в результате несоблюдения антимонопольного законодательства, вправе обратиться в установленном порядке в суд, арбитражный суд с иском, в том числе о восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков, включая упущенную выгоду, возмещении вреда, причиненного имуществу. На основании этого можно отметить, что перечень возможных способов защиты прав субъектов, пострадавших в результате антиконкурентных действий, в России, также как и в США, сформулирован неисчерпывающим образом. Представляется, что основным способом защиты нарушенных прав здесь тоже является возмещение причиненных убытков. Правила воз-

¹¹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

мещения антимонопольных убытков в России установлены в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ) и сводятся к следующему: взысканию подлежат лишь фактически причиненные и доказанные убытки, включая реальный ущерб и упущенную выгоду, взыскание кратных убытков не допускается; взысканию подлежат любые убытки, причиненные нарушением законодательства о защите конкуренции; необходимости доказывания особого «антитрестовского эффекта» российское законодательство не устанавливает; с заявлением о возмещении причиненных убытков может обратиться как прямой, так и не прямой покупатель (контрагент), поскольку российское законодательство не содержит ограничений по кругу истцов.

В соответствии с п. 5 ст. 393 ГК РФ в настоящее время суд не вправе отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер взыскиваемых убытков определяется исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства. В целях оказания содействия потерпевшим от антиконкурентного поведения Федеральной антимонопольной службой РФ была разработана методика доказывания убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства¹². Также при заявлении в РФ иска к монополисту прямым покупателем нет запрета на использование ответчиком возражения, основанного на том, что истец переложил часть своих убытков на собственных контрагентов в ходе последующих сделок (возражения *pass on defense*).

Что касается возможности предъявления групповых исков, вытекающих из фактов нарушений антимонопольного законодательства, то в России до относительно недавнего времени действовал институт обычного процессуального соучастия и возможность предъявления имущественных групповых исков законодательством не предусматривалась. Однако постепенно в юридической науке все большее распространение получило мнение о необходимости законодательного закрепления данного вида исков, и ситуация стала меняться в пользу их нормативного признания.

В настоящее время в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2019 № 191-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹³ были внесены изменения в главу 28.2 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) и до-

¹² См.: Разъяснение Президиума ФАС России от 11.10.2017 № 11 «По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 11.10.2017 № 20) (документ опубликован не был) // СПС КонсультантПлюс.

¹³ Федеральный закон от 18.07.2019 № 191-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2019. № 29 (ч.1). Ст. 3858.

бавлена новая глава 22.3 в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации (далее — ГПК РФ). Та и другая главы предусматривают возможность предъявления групповых исков в арбитражном и гражданском судопроизводстве, основанных на модели opt-in (участниками разбирательства по групповому иску могут быть лишь те члены потенциальной группы, которые прямо изъявили желание присоединиться к групповому требованию). Помимо этого, рассмотрение групповых исков регламентировано также ст. 42 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации (далее — КАС РФ), устанавливающей процедуру обращения с коллективным административным иском в защиту прав и законных интересов группы лиц. Вместе с тем, практика рассмотрения дел по групповым искам в России лишь формируется.

В связи с этим возникает серьезный вопрос о допустимости восприятия в России положений американского законодательства, касающихся защиты прав лиц, нарушенных в результате запрещенной антимонопольными нормами деятельности. В ходе развернувшейся по этому поводу среди специалистов научной дискуссии высказаны различные мнения. Противники перенесения норм американского антимонопольного законодательства в российскую правовую действительность указывают, что взыскание убытков в отечественном гражданском праве носит компенсаторный характер, поэтому в случае заимствования положений о кратных штрафных убытках речь будет идти уже не о компенсации потерь, а о наказании нарушителя. Такое взыскание убытков в пользу частных лиц вступает в коллизию с административными штрафами и может привести к нарушению запрета на двойное привлечение к ответственности, а наделение частного субъекта функциями органа государственной власти по применению мер ответственности противоречит Конституции РФ [Ковалева О., Галеев Б., 2013: 40-49]. Отмечается также, что коллективные иски по модели opt-out вкупе со штрафными убытками, неограниченными размерами «гонораров успеха» представителей и непропорциональным распределением судебных расходов создают риски искусственного раздувания сумм исковых требований и злоупотреблений, что неприемлемо для нашей страны [Кулик Я., 2013: 18].

Другие авторы, напротив, полагают, что особенности частноправового применения антимонопольного законодательства США позволяют ему быть самым эффективным в мире на сегодняшний день, и эти особенности могут быть восприняты для повышения эффективности отечественного антимонопольного законодательства [Бахаева А.В., 2015: 78]. В частности, штрафные убытки могут быть весьма эффективны для борьбы с относительно мелкими правонарушениями, совершаемыми «в промышленных масштабах» [Будылин С.Л., 2013: 36].

По этому поводу необходимо отметить следующее. Российская экономика достаточно монополизирована, часть монополий даже легализована законодателем (в частности, естественные монополии). От неправомερных действий монополистов — будь то операторы сотовой связи, продовольственные ритейлеры или производители горюче-смазочных материалов — ущерб может причиняться большому числу лиц. При этом пресечение проявлений монополистической деятельности антимонопольным органом далеко не всегда влечет за собой восстановление пострадавших имущественных интересов конкурентов либо контрагентов нарушителя, поскольку антимонопольный орган, прежде всего, отстаивает публичные интересы. Следует согласиться с мнением, что в настоящее время зачастую «нет ясности в применении соответствующих частноправовых мер защиты прав, пораженных в результате нарушения антимонопольного законодательства» [Егорова М.А., 2017: 5], а публично-правовая защита гражданских прав неспособна полностью решить проблему обеспечения превенции правонарушений и защищенности таких прав. Это обуславливает необходимость совершенствования института гражданско-правовой ответственности лиц, причинивших вред в результате нарушения антимонопольных запретов [Молчанов А.В., Лобанов Р.М., 2018: 43].

Конечно, отечественное гражданское право исходит, прежде всего, из компенсационно-восстановительного характера применяемых к правонарушителю мер ответственности, однако утверждение о том, что российскому правопорядку чуждо взыскание в пользу частных субъектов штрафных сверхкомпенсационных санкций, не вполне справедливо. Примерами таких санкций могут выступать предусмотренная ст. 394 ГК РФ штрафная неустойка, а также установленный п. 6 ст. 13 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей»¹⁴ штраф в размере 50% от суммы, взысканной в пользу потребителя, который присуждается за неудовлетворение в добровольном порядке его требований и в его пользу. Такой штраф в настоящее время широко применяется при вынесении решений по делам о защите прав потребителей и выступает дополнительной гарантией добровольного удовлетворения их требований. Представляется, что аналогичный штраф в виде определенного процента от взысканной суммы вполне может быть предусмотрен и законодательством о защите конкуренции в случае причинения убытков в результате антиконкурентных действий и отказа правонарушителя возместить их в добровольном порядке. Это будет способствовать заинтересованности субъектов в защите нарушенных прав и повысит эффективность антимонопольного регулирования.

¹⁴ Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 15. Ст. 766.

Кроме того, п. 1 ст. 1064 ГК РФ прямо закрепил возможность установления в законодательстве случаев, когда причинитель вреда обязан выплатить потерпевшему компенсацию сверх возмещения вреда. В связи с этим другим возможным вариантом усиления защиты имущественных прав субъектов от нарушений антимонопольного законодательства является введение подобной компенсации. При этом она не будет тождественна кратным штрафным убыткам, установленным антимонопольным законодательством США, а будет являться санкцией, которая должна учитывать как размер фактически причиненных потерпевшему убытков, так и некоторые дополнительные обстоятельства совершенного правонарушения, (например, величина полученной правонарушителем прибыли, характер совершенного правонарушения, организационные затраты потерпевшего на его выявление, иные негативные имущественные и репутационные последствия нарушения, которые иногда сложно оценить в денежном выражении). Примером подобной компенсации выступает закрепленная ст. 1301 ГК РФ, как и рядом других норм, регулирующих отношения в сфере интеллектуальных прав, компенсация за нарушение соответствующих исключительных прав. Также возможность взыскания компенсации предусмотрена, например, Федеральным законом от 30.04.2010 № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»¹⁵.

Что касается конкретного размера такой компенсации, то он может быть установлен как в процентном, так и в денежном выражении или, например, возможно установление компенсации в пределах полученной компанией прибыли за период нарушения законодательства о защите конкуренции. В свое время в юридической литературе уже обсуждался законопроект, разработанный Федеральной антимонопольной службой РФ, о введении компенсации за некоторые нарушения антимонопольного законодательства [Егорова М.А., Кинев А.Ю., 2015: 30–35], однако он встретил много критических отзывов и реализован не был. Вместе с тем, в силу сложности доказывания убытков, особенно понесенных физическими лицами при массовых нарушениях законодательства о защите конкуренции, установление такой компенсации в целом позитивно отразилось бы на защите имущественных интересов субъектов. Более того, в условиях закрепления в современном российском законодательстве права на заявление групповых исков наличие простого механизма расчета антимонопольной компенсации могло бы сделать частные иски востребованным инструментом противодействия нарушениям антимонопольного законодательства.

¹⁵ Федеральный закон от 30.04.2010 № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» // СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2144.

Что касается оценки предусмотренной современным российским процессуальным законодательством модели подачи и рассмотрения групповых исков, то американская модель группового судопроизводства, так называемая система opt-out actions, в большей степени стимулирует частное правоприменение и удерживает компании от нарушения антимонопольного законодательства.

Заключение

Создание эффективного и сбалансированного правового механизма, обеспечивающего возможность удовлетворения имущественных требований потерпевших и основанного на необходимости защиты как публичных, так и частных интересов, является одной из важнейших задач правового регулирования отношений конкуренции. Для решения такой задачи большое значение имеет исследование зарубежного опыта антимонопольного правотворчества и правоприменения. Такой опыт, как позитивный, так и негативный, следует учитывать при дальнейшем совершенствовании российского законодательства о защите конкуренции. При этом, несмотря на наличие определенных доктринальных принципов и положений, лежащих в основе системы российского гражданско-правового регулирования, не следует категорически отвергать неплохо зарекомендовавшую себя в течение длительного времени американскую модель частного антимонопольного правоприменения. Использование таких правовых средств, которые уже известны российскому гражданскому законодательству или вполне могут быть адаптированы к российскому правопорядку, позволит эффективно защищать нарушенные права в порядке гражданского судопроизводства и будет способствовать дальнейшему развитию практики предъявления исков, основанных на несоблюдении норм законодательства о защите конкуренции.



Список источников

1. Аболонин Г.О. Правовой механизм группового иска в США // Вестник гражданского процесса. 2015. № 3. С. 169–252.
2. Бахаева А.В. Особенности возмещения антимонопольных убытков в США // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 8. С. 74–78.
3. Берлявский Л.Г. Формирование антимонопольного законодательства в США // Конкурентное право. 2017. № 2. С. 9–12.
4. Борзова М.А., Подгузова К.Г. Частные иски в антимонопольном праве // Закон. 2013. № 7. С. 61–68.
5. Будылин С.Л. Штрафные убытки. Теперь и в России? // Вестник гражданского права. 2013. № 4. С. 19–52.

6. Егорова М.А. Проблемы в правоприменении запретов *per se* на современном этапе // Право и экономика. 2017. № 6. С. 5–14.
7. Егорова М.А., Кинев А.Ю. Восстановительная антимонопольная компенсация // Предпринимательское право. 2015. № 2. С. 30–35.
8. Журбин Б.А. Групповые и производные иски в судебно-арбитражной практике. 2008 // СПС КонсультантПлюс.
9. Звиер П., Ярков В.В. Групповые иски в правовой истории США и России: в поисках оптимальной модели // Вестник гражданского процесса. 2020. № 1. С. 143–197.
10. Кинев А.Ю. Картели и другие антиконкурентные соглашения. 2014 // СПС КонсультантПлюс.
11. Ковалева О., Галеев Б. Почему Россия не Америка? О новых средствах коллективной защиты в антимонопольном праве // Конкуренция и право. 2013. № 4. С. 40–49.
12. Кулик Я. Что нужно для защиты от монополий и картелей // Конкуренция и право. 2013. № 5. С. 15–19.
13. Молчанов А.В., Лобанов Р.М. Возмещение убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2018. № 4. С. 42–47.
14. Погодина И.В., Маркова Е.С., Аверин А.В. Развитие антимонопольного законодательства в США // Административное и муниципальное право. 2016. № 9. С. 746–749.
15. Решетникова И.В. Размышляя о судопроизводстве: избранное. М.: Статут, 2019. 510 с.
16. Рудомино В., Нумерова А. Частноправовые иски в антимонопольном праве: теория и практика применения в России // Корпоративный юрист. 2010. № 5. С. 47–51.
17. Стариков А.В. Гражданско-правовые способы защиты от нарушений антимонопольного законодательства // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 5. С. 72–135.
18. Стариков А.В. Гражданско-правовые способы защиты от нарушений антимонопольного законодательства // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 6. С. 48–78.
19. Baker D. Revisiting History — What Have We Learned about Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others? *Loyola Consumer Law Review*, 2004, vol. 16, iss. 4, pp. 379–408.
20. Crane D. Optimizing Private Antitrust Enforcement. *Vanderbilt Law Review*, 2010, vol. 63, no 2, pp. 675–723.
21. Dabbah E. The journey from theory to practice in the field of competition law. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2019, vol. 7, iss. 2, pp. 137–157.
22. Foer A., Cuneo J. (ed.) *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, 656 p.
23. Huffman M. Incentives to Comply with Competition Law. *Loyola Consumer Law Review*, 2018, vol. 30, iss. 2, pp. 108–120.
24. Kovacic W. The modern evolution of U.S. competition policy enforcement norms. *Antitrust Law Journal*, 2003, no 2, pp. 377–478.
25. Lancieri F. Digital protectionism? Antitrust, data protection, and the EU/US transatlantic rift. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2019, vol. 7, iss. 1, pp. 27–53.

26. Posner R. Antitrust law. Chicago: University Press, 2001, 304 p.
27. Rodger B. Why not court? A study of follow-on actions in the UK. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013, vol. 1, iss. 1, pp. 104–131.
28. Toal M. The Future of Class Actions in the Wake of Comcast v. Behrend. *Loyola Consumer Law Review*, 2014, vol. 26, iss. 3, pp. 545–577.



References

1. Abolonin G.O. (2015) US class action legal procedure. *Vestnik grazhdanskogo processa=Civil Process Review*, no 3, pp. 169–252 (in Russ)
2. Bahaeva A.V. (2015) Specifics of Compensation for Antitrust Damages in the United States. *ZakonyRossii: opyt, analiz, praktika=Russian laws: experience, analysis, practice*, no 8, pp. 74–78 (in Russ.)
3. Baker D. (2004) Revisiting History — What Have We Learned about Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others ? *Loyola Consumer Law Review*, vol. 16, iss. 4, pp. 379–408.
4. Berlyavskij L.G. (2017) Formation of antitrust legislation in the United States. *Konkurentnoe pravo=Competition Law*, no 2, pp. 9–12 (in Russ.)
5. Borzova M.A., Podguzova K.G. (2013) Private Actions in Antitrust Law. *Zakon=Statut*, no 7, pp. 61–68 (in Russ.)
6. Budylin S.L. (2013) Penalty damages. Now in Russia? *Vestnik grazhdanskogo prava=Civil law Bulletin*, no 4, pp. 19–51 (in Russ.)
7. Crane D. (2010) Optimizing Private Antitrust Enforcement. *Vanderbilt Law Review*, vol. 63, no 2, pp. 675–723.
8. Dabbah E. (2019) The journey from theory to practice in the field of competition law. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 7, iss. 2, pp. 137–157.
9. Egorova M.A. (2017) Problems in the enforcement of perse prohibitions at the present stage. *Pravo i ekonomika=Law and Economy*, no 6, pp. 5–14 (in Russ.)
10. Egorova M.A., Kinev A.YU. (2015) Restorative antitrust compensation. *Predprinimatel'skoe pravo=Business Law*, no 2, pp. 30–35 (in Russ.)
11. Foer A., Cuneo J. (ed.). (2012) *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 656 p.
12. Huffman M. (2018) Incentives to Comply with Competition Law. *Loyola Consumer Law Review*, vol. 30, iss. 2, pp. 108–120.
13. Kinev A.Yu. (2014) *Cartels and other anti-competitive agreements*. SPS Konsul'tant-Plyus (in Russ.)
14. Kovaleva O., Galeev B. (2013) Why is Russia not America? About new collective remedies in antitrust law. *Konkurentsiya i pravo=Competition Law*, no 4, pp. 40–49 (in Russ.)
15. Kovacic W. (2003) The modern evolution of U.S. competition policy enforcement norms. *Antitrust Law Journal*, no 2, pp. 377–478.
16. Kulik YA. (2013) What you need to protect against monopolies and cartels. *Konkurentsiya i pravo=Competition Law*, no 5, pp. 15–19 (in Russ.)
17. Lancieri F. (2019) Digital protectionism? Antitrust, data protection, and the EU/US transatlantic rift. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 7, iss. 1, pp. 27–53.

18. Molchanov A.V., Lobanov R.M. (2018) Compensation for Damages Caused by Violation of Antimonopoly Legislation. *Zhurnal predprinimatel'skogo i korporativnogo prava=Journal of Business and Corporate Law*, no 4, pp. 42–47 (in Russ.)
19. Pogodina I.V., Markova E.S., Averin A.V. (2016) Development of antitrust laws in the United States. *Administrativnoe i municipal'noe pravo=Administrative and Municipal Law*, no 9, pp. 746–749 (in Russ.)
20. Posner R. (2001) *Antitrust law*. Chicago: University Press, 304 p.
21. Reshetnikova I.V. (2019) *Reflecting on Judicial Proceedings*. Moscow: Statut, 510 p. (in Russ.)
22. Rodger B. (2013) Why not court? A study of follow-on actions in the UK. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 1, iss.1, pp. 104–131.
23. Rudomino V., Numerova A. (2010) Private actions in antitrust law: theory and practice of application in Russia. *Korporativnyj yurist=Corporate lawyer*, no 5, pp. 47–51 (in Russ.)
24. Starikov A.V. (2020) Civil means of protection against violations of antimonopoly legislation. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossijskoj Federacii=Russian Federation Economic justice Bulletin*, no 5, pp. 72–135 (in Russ.)
25. Starikov A.V. (2020) Civil means of protection against violations of antimonopoly legislation. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossijskoj Federacii=Russian Federation Economic justice Bulletin*, no 6, pp. 48–78 (in Russ.)
26. Toal M. (2014) The Future of Class Actions in the Wake of Comcast v. Behrend. *Loyola Consumer Law Review*, vol. 26, iss. 3, pp. 545–577.
27. Zhurbin B.A. (2008) *Class and derivative actions in judicial practice*. SPS Konsul'tant-Plyus (in Russ.)
28. Zvier P., Yarkov V.V. (2020) Class actions in the legal history of the United States and Russia: in search of the optimal model. *Vestnik grazhdanskogo processa=Civil Process Bulletin*, no 1, pp. 143–197 (in Russ.)

Информация об авторе:

В.Г. Истомин — кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник.

Information about the author:

V.G. Istomin — Candidate of Science (Law), Senior Researcher, Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 11.10.2021; одобрена после рецензирования 24.12.2021; принята к публикации 17.01.2022.

The article was submitted to the editorial office 11.10.2021; approved after reviewing 24.12.2021; accepted for publication 17.01.2022.

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.

Для заметок

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Р.С. Рааб*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 12.03.2022. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,37. Тираж 400 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42