

# Право

## Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

## Редакционная коллегия

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

## Главный редактор

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

## Адрес редакции

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

## Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2019

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

### 3/2019



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

**Л.П. Ануфриева**

*Enigma* российской Конституции 1993 года:

«Общепризнанные принципы и нормы международного права» ..... 4

**Л.В. Зайцева, О.А. Курсова**

Формы применения труда недееспособного работника ..... 26

**М.М. Харитонов**

Понятие сексуального домогательства (харассмента)

и механизмы противодействия ему в трудовом праве России ..... 52

**А.В. Чеботарев**

Юридическая ответственность за нарушение антидопинговых

правил в России: проблемы и перспективы ..... 76

**М.С. Журавлев**

Интероперабельность как фактор развития права

в сфере электронного здравоохранения ..... 98

**И.Ю. Янина**

Понятие и виды причинения в уголовном праве ..... 117

**И.Ф. Амельчаков, О.В. Катаева**

Высылка иностранного гражданина как ограничение

его права на свободу передвижения и как способ

обеспечения национальной безопасности ..... 138

### Право в современном мире

**Л.В. Терентьева**

Экстерриториальное проявление юрисдикции государства

в условиях трансформации восприятия

его пространственных границ ..... 160

**А.Х. Абашидзе, А.И. Травников**

Старые, но современные проблемы международного

воздушного права ..... 181

**M. Wassmer**

The Latest Criminal Law Reforms in the General and Special

Part of the German Criminal Code ..... 203

**Н.Ю. Ерпылева, И.В. Гетьман-Павлова**

Интерперсональные коллизии в международном

частном праве Израйля ..... 220

# Law

## JOURNAL

### OF THE HIGHER SCHOOL

### OF ECONOMICS

#### Publisher

National Research  
University Higher School  
of Economics



ISSUED QUARTERLY

#### Editorial Board

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

#### Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya  
(HSE, Russian Federation)

#### Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitsky Per.,  
Moscow 109028, Russia

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

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

##### L.P. Anufrieva

Enigma of the Constitution of Russian Federation 1993: "Generally Recognized Principles and Norms of International Law" ..... 4

##### L.V. Zaytseva, O.A. Kursova

Forms of Employment of an Incompetent Employee..... 26

##### M.M. Kharitonov

The Concept of Sexual Harassment and Mechanisms to Counter it in the Labor Law of Russia ..... 52

##### A.V. Chebotarev

Liability for Violation of Anti-doping Rules in Russia: Issues and Prospects ..... 76

##### M.S. Zhuravlev

Interoperability as Factor of Law Development in the Digital Economy (eHealth Case)..... 98

##### I.Yu. Yanina

Concept and Types of Inflicting in Criminal Law..... 117

##### I.F. Amelchakov, O.V. Kataeva

Expulsion of a Foreign Citizen as a Restriction of its Right to Free Movement and as a Way of Ensuring National Security ..... 138

#### Law in the Modern World

##### L.V. Terentieva

Extraterritorial Jurisdiction of State and Perception Transformation of its Spatial Boundaries ..... 160

##### A.Kh. Abashidze, A.I. Travnikov

"Old" but Modern Problems of International Air Law ..... 181

##### M. Wassmer

The Latest Criminal Law Reforms in the General and Special Part of the German Criminal Code ..... 203

##### N.Yu. Erpylyova, I.V. Getman-Pavlova

Interpersonal Collisions in Israeli International Private Law ..... 220

**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**

# Enigma российской Конституции 1993 года: «Общепризнанные принципы и нормы международного права»



**Л.П. Ануфриева**

профессор кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: anufrieva@msal.ru



## Аннотация

Международное право, будучи самостоятельной системой, обладает немалой спецификой, которая не в последнюю очередь проявляется и в наличии у него особой составляющей — *системы принципов*. В статье рассмотрен специфический аспект, касающийся общепризнанных принципов и норм международного права как категории юридической науки, в нетипичном ракурсе отыскания истоков введения термина в российскую правовую систему на фоне анализа состояния и тенденций международной практики в этом отношении. Понятие «общепризнанные принципы и нормы международного права» стало неотъемлемой частью современного российского правоведения и юридической практики в целом благодаря именно положениям Конституции Российской Федерации (1993), образуя ныне важный пласт истории конституционного развития нашего государства, который тем не менее до сих пор не получил полноценного освещения в правовой литературе. Наряду с этим известно, что указанный термин соседствует в международном праве и изучающей его науке с иными понятиями, также входящими в разряд обозначений принципов, — «основными принципами», «общими принципами права, признанными цивилизованными нациями», *jus cogens* и др., что, в свою очередь, требует соответствующего в них ориентирования. Автором с использованием историографического подхода и теоретических позиций, выработанных международно-правовой наукой, поставлена цель ответить на некоторые вопросы, связанные с содержанием как поставленного во главу угла в статье предмета «общепризнанные и принципы и нормы международного права» и его составных элементов, так и с его соотношением и связью с другими вышеуказанными явлениями, в частности, с «основными принципами международного права», во-первых, и нормами *jus cogens* («императивными нормами общего международного права»), во-вторых. Такой подход позволил осуществить более глубокое погружение в существо анализируемых понятий. Особым объектом внимания при их рассмотрении выступают результаты разработки понятия *jus cogens* Комиссией международного права Организации Объединенных Наций.



## Ключевые слова

общепризнанные принципы и нормы международного права, Конституция Российской Федерации, Комиссия международного права ООН, генезис, «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями», основные принципы, «императивные нормы общего международного права», *jus cogens*, нормативность, позитивное право.

**Благодарности:** статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований научного проекта №18-011-010670 А. Статья выполнена с использованием системы СПС Консультант Плюс.

**Для цитирования:** Ануфриева Л.П. *Enigma* российской Конституции 1993 года: «общепризнанные принципы и нормы международного права» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 4–25.

УДК: 341

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.4.25

## Введение

2019 год ознаменовался тем, что США произвольно в качестве меры соответствующего «сдерживания» установили новые тарифы применительно к китайскому экспорту на сумму 200 млрд. долл. Затем в мае Президент США поручил ввести пошлины на товары из Китая еще на 300 млрд. долл. Кроме того, был отдан приказ приступить к охвату повышением тарифов практически всего оставшегося объема импорта из Китая. Российскому государству в апреле и мае 2019 года США отказали в визах специалистам из России для участия в работе Третьего подготовительного комитета конференции участников Договора о нераспространении ядерного оружия в Нью-Йорке, а также эксперту по химическому оружию и консультанту Генерального секретаря ООН от России, который должен был выступить в Нью-Йорке на специальном брифинге в ходе заседания Совета Безопасности ООН. В результате этих действий, нарушающих не только основные стандарты международного общения, но и принципы международного права, сразу несколько официальных представителей Российской Федерации не смогли принять участие в международных форумах<sup>1</sup>. Это лишь некоторые из последних фактов, свидетельствующие об абсолютно одностороннем характере действий США в отношении двух держав — Китая и России — а, значит, о произволе «сверхдержавы», игнорировании ею действующего международного права. В этом плане в российских и китайских заявлениях, научных публикациях

<sup>1</sup> Коммерсантъ. 11.05.2019. Available at: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3966404?from=hot-news> (дата обращения: 11.05.2019)

и т.п. зачастую звучат обвинения противоположной стороны в нарушениях «общеизвестных принципов и норм» международного права. Между тем это понятие нуждается в раскрытии, несмотря на кажущуюся привычность употребления, и в выявлении его сути. В свете закрепления данных терминов положениями Конституции России выявляется потребность (пожалуй, даже не меньшая, чем определение существа рассматриваемого явления) ответа на вопрос о путях и причинах, приведших к его включению в нормативный массив действующего основополагающего российского акта.

С сугубо теоретической стороны обозначенное юридическое понятие — «общеизвестные принципы и нормы международного права» — в разные времена неоднократно и разнопланово становилось предметом внимания советской, а затем и российской международно-правовой доктрины [Коровин Е.А., 1951: 14–19]; [Пушмин Э.А., 1978: 76–84]; [Толстик В.А., 2000: 67–77]; [Нешатаева Т.Н., 2004: 124–140]; [Морозов А.Н., 2018: 33–45]; [Абашидзе А.Х., 2017: 19–29]; [Нефедов Б.И., 2019: 6–17]<sup>2</sup>. В то же время нельзя не признать, что важнейшая часть решения насущной задачи науки по теоретическому осмыслению его содержания нередко оставалась невыполненной, ибо в большинстве случаев (как справедливо отмечалось еще в 1950-х гг. применительно к вопросу «о принципах советского права» в общей теории права) понятие принципа «постулируется как нечто общепринятое, как данное в самом термине» [Шейндлин Б.В., 1959: 62].

Подобное «постулирование» свойственно и нынешней международно-правовой науке в применении к общеизвестным принципам и нормам. Яркой иллюстрацией служит статья в энциклопедическом издании, посвященная общеизвестным принципам и нормам международного права (автор К.А. Бекяшев), в которой фактически в виде аксиомы присутствует уравнивание, с одной стороны, принципов и норм международного права (причем со ссылкой на решение Международного Суда ООН 1984 г., значительно, однако, искаженное в самой его «сердцевине»), а, с другой стороны, «общеизвестных принципов и норм», основных принципов международного права и *jus cogens*<sup>3</sup>. Идея не нова — с нею еще в 1959 г. точно так же, а именно без

---

<sup>2</sup> Одной из значимых фигур юридической науки в данном отношении явился Е.А. Коровин, обратившийся непосредственно к общеизвестным нормам международного права; Э.А. Пушмин оставил существенный след в части разработки основных принципов современного международного права; Л.А. Алексидзе одним из первых приблизился к анализу императивных норм — *jus cogens* — с позиций фундаментальных аспектов теории международного права.

<sup>3</sup> Большая российская энциклопедия: электронная версия. 2005–2019. Availavle at: URL: [https://bigenc.ru/law/text/2675393\\_obshchiepriznannyye\\_printsipy\\_i\\_normy\\_miezhdunarodnogo\\_pra](https://bigenc.ru/law/text/2675393_obshchiepriznannyye_printsipy_i_normy_miezhdunarodnogo_prava) (дата обращения: 28.07.2019) Вышеприведенная констатация заслуживает точности, поэтому приведем фрагмент полностью: «Общеизвестные принципы и нормы международного права — основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо. Они яв-

дифференциации основных и общепризнанных принципов международного права, выступил А.Н. Талалаев [Талалаев А.Н., 1958: 513]<sup>4</sup>.

Устойчивость использования словосочетания «общепризнанные принципы и нормы международного права» отечественной правовой системой, правоведением и международно-правовой наукой объяснима — оно присутствует еще в Конституции СССР 1977 г. (далее — Конституция СССР), встречаясь, в частности, в разделе, посвященном внешней политике, где перечислялись принципы, на которых строились политические и экономические связи СССР с другими государствами, в том числе и дипломатические отношения: суверенного равенства; взаимного отказа от применения силы или угрозы силой; нерушимости границ; территориальной целостности государств; мирного урегулирования споров; невмешательства во внутренние дела; уважения прав человека и основных свобод; равноправия и права народов распоряжаться своей судьбой; сотрудничества между государствами; добросовестного выполнения обязательств, вытекающих из общепризнанных принципов и норм международного права, из заключенных СССР международных договоров (ст. 29). Приведенное, несомненно, могло ассоциироваться с перечнем таких норм современного международного права, которые в резолюции Генеральной Ассамблеи ООН (далее — ГА ООН) «Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций» от 24.10.1970 (далее — Декларация 1970 г.) были поименованы «основными принципами». Вместе с тем даже в случае каких бы то ни было аналогий ничто не позволяло говорить о тождественности общепризнанных принципов и норм международного права и основных принципов, квалифицируемых как таковые в Декларации 1970 г.

Разумеется, предположение, что в Конституции СССР был отражен факт возведения общепризнанных принципов и норм в ранг «основных принципов» в международно-правовом масштабе, в свою очередь, не находит подтверждения. Присутствие указанных формулировок в нормах Основного

---

ляются нормами *jus cogens*, то есть нормами высшего порядка, и все другие нормы должны им соответствовать. Международный суд ООН в решении ..... от 12 октября 1984 года отметил, что термины «принципы» и «нормы», по сути, означают одно и то же» (ср. с буквальной выдержкой из решения Международного Суда далее в настоящей статье). В свете этого стоит обратить внимание не только на смешение понятий, но и явную легковесность, чтобы не сказать поверхностность, подхода к категории *jus cogens* как к «служебному» инструменту для «измерения» общепризнанных принципов и норм международного права.

<sup>4</sup> В связи с этим нельзя исключить импульсов, которые могли воздействовать на составителей российской Конституции и конструирование ими ее положений, оперировавших термином «общепризнанные принципы и нормы международного права», ввиду несомненного авторитета, а, следовательно, и влияния международно-правовой школы МГУ (к которому и принадлежал названный автор).

закона СССР 1977 г. сопрягалось лишь с «добросовестным выполнением обязательств, вытекавших из общепризнанных принципов и норм международного права», и выступало не более чем робкой аллюзией на указание в конституционном акте ведущих начал внешней политики и международных отношений, которых придерживалось советское государство. Вследствие этого явное отсутствие в Конституции СССР четкой квалификации соответствующих положений, относящихся к регулированию межгосударственных отношений, будь то в качестве «общепризнанных принципов и норм» или «основных принципов» международного права, вполне наглядно свидетельствует, что в ней весьма затруднительно отыскать ответ на вопрос о существовании и содержании «общепризнанных принципов и норм международного права». Полноценные легитимация и распространение данного понятия произошли благодаря его инкорпорированию именно в нормы Конституции Российской Федерации 1993 г. Однако обстоятельства, объясняющие включение рассматриваемой терминологии в текст Конституции, не вполне ясны. Здесь более всего приходится опираться на догадки, допущения, «презумпции» и предположения.

## **1. «Терминологическое разнообразие» или вопрос существа?**

Термин «общепризнанные принципы и нормы международного права» стал неотъемлемой частью и едва ли не главенствующей конструкцией современного российского правоведения в целом с начала 1990-х гг. Данный факт имеет особую окраску в свете того, что специфический фон его существования составляет разнообразие наименований, сопровождающих понятие «принципы международного права», которые используются международно-правовой наукой: «основные принципы», «принципы общего международного права», «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями», *jus cogens*. В России (а ранее — в СССР) понятием «общепризнанные принципы и нормы» массированно оперируют не только общая теория права и государства, но и отраслевые юридические науки, исходя скорее всего из презумпции, что международно-правовая наука в этом плане все прояснила и остается только анализировать отдельные черты применения данного понятия во внутригосударственном праве — конституционном, уголовном<sup>5</sup>, гражданском, административном, трудовом и т.д. Между тем мировая международно-правовая наука до сих пор не приводит доказательств ни того, что упомянутое понятие ею принято со всей опре-

---

<sup>5</sup> Например, в ч. 2 ст. 1 УК РФ зафиксировано: «Настоящий Кодекс основывается на Конституции Российской Федерации и общепризнанных принципах и нормах международного права».

деленностью и однозначностью, ни того, что удалось исчерпывающе точно установить его сущность и содержание, особенно если стоит цель его отграничения от иных, присутствующих в этом ряду правовых категорий, при соотношении их друг с другом. Кроме того, теория «общего» международного права отнюдь не выказывает единодушия в том, что касается восприятия общепризнанных принципов и норм как фундаментальной основы системы международного права.

Главной причиной этого выступает отсутствие безусловного закрепления рассматриваемого термина в нормах позитивного права — он не зафиксирован ни в Уставе ООН, ни в вышеупомянутой резолюции ГА ООН Декларация 1970 г., ни в Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1.08.1975. Правда, текстуально в Декларации 1970 г. этот термин встречается, но лишь в части общей установки по обязательности соблюдения принципов международного права в характеристике запрета применения силы или угрозы применения силы. И хотя в свете этого было бы ошибкой полагать, что понятие «общепризнанные принципы и нормы» вообще чуждо современному международному праву, однако распространения, адекватного сущности принципов как явления *общесистемного* — т.е. обладающего качествами прежде всего нормативности, а кроме того универсальности, общепризнанности, императивности и т.п. — оно не получило. К тому же далеко не все ясно с критериями дифференциации в отношении компонентов, входящих в данное понятие, а именно — обозначений «общепризнанные принципы» и «общепризнанные нормы». Если «общепризнанные принципы» — это безусловно юридические правила поведения (нормы), то, в свою очередь, и «общепризнанные нормы» являются предписаниями того же порядка (нормами) международного права. По каким же признакам выводить различия между ними?<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> В Постановлении Пленума Верховного Суда России от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» (с изм. от 5 марта 2013 г.) дан некий взгляд на такое разграничение. Согласно ему, «под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо», а «под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного» (п. 1) (см.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12; Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 5). Как видно, главное отличие первых от вторых проходит по линии, соответственно, присутствия либо отсутствия в указанных предметах качеств «императивности» или «юридической обязательности». Однако согласиться с этим ввиду слишком большой «загадочности» существа последнего по сравнению с «императивностью» нельзя. Вместе с тем, данный аспект, пожалуй, достоин специального внимания, которое необходимо уделить проблеме разграничения общепризнанных принципов и норм, прежде всего, в плане развернутого теоретического подхода, что невозможно осуществить в рамках настоящей статьи.

## **2. Генезис понятия «общепризнанные принципы и нормы международного права» как дискурс российского правоведения**

Говоря о конституционных положениях, в которых содержатся ссылки на международное право и его «общепризнанные принципы и нормы», конституционалисты усматривают в них прежде всего реализацию «внешнеполитической функции» Конституции, отнюдь не фокусируясь ни на сущности содержания самого понятия, лежащего в основе конституционных норм об общепризнанных принципах, ни на их сообразности действующему международному праву с точки зрения единодушно принятого используемого терминологического аппарата. Так, характеризуя ее, С.А. Авакьян отмечает: «...наша Конституция не просто исходит из миролюбивой внешней политики государства, стремления к сотрудничеству и добрососедству, но и провозглашает общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ составной частью ее правовой системы... внешнеполитическая функция Конституции нашей страны состоит также в том, что за пределами государства она служит и как важный информационный источник. Конституция дает представление гражданам других стран, а также государствам и международным организациям о нашем общественно-политическом строе, структуре государства, взаимоотношениях центра и субъектов РФ, конституционных основах региональной и национальной политики, статусе личности в РФ и т.д.» [Авакьян С.А., 2000: 17]. Автор настаивает на значении конституционных положений, направленных вовне, для уяснения сущности государства. Вряд ли стоит с этим спорить, но в то же время нельзя не заметить, что использование в конституционном акте общепринятых в международном сообществе юридических категорий было бы более убедительным и действенным для достижения поставленных в этом плане целей.

Вторичным фактором, обуславливающим констатируемое положение дел, которое заключается в распространенности исследуемого термина в рамках отечественного правоведения, служит несовпадение представлений и квалификаций феномена «принципы международного права» как такового со стороны российской и зарубежной доктрин, равно как и отсутствие единообразия в данном вопросе внутри каждой из них. В связи с этим тем не менее стоит указать, что неприемлемой является трактовка изложенного лишь в качестве доказательства существования некоего «терминологического разнообразия» в состоянии современного международного права и учающей его науки.

Главной интригой в ответе на вопрос о появлении в Конституции России положений об общепризнанных принципах и нормах международного пра-

ва выступают различные варианты поиска их «корней» в рамках отечественной правовой системы. Приведенные выше соображения о вероятности влияния норм Конституции СССР, пожалуй, могли бы выглядеть справедливыми, но лишь частично. Так, анализ предпроектных и подготовительных работ по созданию Конституции 1993 г. показывает, что ни в одном из проектов не существует иного понятия, кроме вышеуказанного, применительно к разделам, трактующим соотношение и взаимодействие международного и внутригосударственного права<sup>7</sup>. Причем в проекте академика А.Д. Сахарова (п. 5) указывается лишь на «принципы Всеобщей Декларации прав человека» и провозглашается, что «все люди имеют право на жизнь, свободу и счастье. Целью и обязанностью граждан и государства является обеспечение социальных, экономических и гражданских прав личности. Осуществление прав личности не должно противоречить правам других людей, интересам обществ в целом. Граждане и учреждения обязаны действовать в соответствии с Конституцией и законами Союза и республик и принципами Всеобщей Декларации прав человека ООН»<sup>8</sup> [Сахаров А.Д., 1993: 118–121].

Резюмируя данные, касающиеся предпроектной фазы работы над Конституцией, оправданно заключить, что клише «общепризнанные принципы и нормы международного права» введено в текст акта отнюдь не как «шлейф исторической памяти» и тем более не как отражение преемственности в конституционном развитии российского государства ввиду явного нежелания допускать даже намек на совпадение социально-политических ориентиров прошлого и будущего. Если здесь, с одной стороны, и может просматриваться усвоение положений Конституции СССР, то скорее всего «техническое» — без углубления создателей в проблемы разграничения принципов внешней политики и принципов международного права, поскольку в результате механического заимствования из «принципов внешней политики» по тексту Конституции СССР «общепризнанные принципы и нормы» превратились вдруг в «принципы и нормы международного права». С другой стороны, не беспочвенно предположение, что термин «общепризнанные принципы» мог

---

<sup>7</sup> В число таких проектов входили, напр.: Проект Конституции Российской Федерации. Подготовлен Конституционной комиссией Съезда народных депутатов; Проект рабочей группы в составе: Шахрай С.М. (руководитель), Абрисимова Е.Б., Азарова Н.П., Бунин И.А., Маслов А.В., Минх Г.В., Орехов Р.Г., Слива А.Я., Тарасов О.А.; Проект, одобренный Конституционным совещанием; Проект Президента Российской Федерации. Available at: URL: [http://constitution.garant.ru/history/active/1021/#sub\\_para\\_N\\_25441](http://constitution.garant.ru/history/active/1021/#sub_para_N_25441) (дата обращения: 25.04.2019); Проект, подготовленный Конституционной комиссией в соответствии с постановлением Съезда народных депутатов РСФСР от 16.06.1990. Available at: URL: [www/http://constitution.garant.ru/history/active/101201/](http://constitution.garant.ru/history/active/101201/) (дата обращения: 25.04.2019)

<sup>8</sup> См.: Конституция Союза Советских Республик Европы и Азии. Проект народного депутата СССР А.Д. Сахарова // Конституции Российской Федерации (альтернативные проекты). Т. II. М., 1993. С. 118–121.

быть навеян упоминанием об «общих принципах права, признанных цивилизованными нациями», присутствующим в Статуте Международного суда (а еще ранее — в Статуте Постоянной палаты международного правосудия Лиги Наций), представая в его «осовремененной» формуле, т.е. без элемента признания принципов «цивилизованными нациями», но с констатацией наличия их общепризнанности международным сообществом. В свете этого, отдавая дань историческим образцам, в актуальном документе должен был бы настоятельно содержаться усовершенствованный образец былого — своеобразный «римейк», причем заведомо превосходящий оригинал.

Для уяснения дорог определения генезиса явления и современного понимания термина «общепризнанные принципы и нормы международного права» с точки зрения отечественного правоведения чрезвычайно важное значение имеет Постановление Пленума Верховного Суда России от 10.10.2003 №5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», хотя это всего лишь судебный акт обобщения судебной практики, который призван обеспечить единообразие применения права российскими судами, не имеющий нормативной силы. Однако он стал едва ли не краеугольным в толковании содержания данного понятия. Примечательно, что данный документ обусловил наличие двух небезынтесных обстоятельств международного масштаба.

Во-первых, понятие «общепризнанные принципы и нормы международного права» стали принадлежностью западной юридической доктрины и практики благодаря их косвенному введению в разработки Комиссии международного права ООН (далее — КМП ООН). Дело в том, что ходе реализации долгосрочной программы по теме «*Jus cogens*», опираясь на материалы внутригосударственного права (в частности, российского), Комиссия приводит именно упомянутое Постановление Пленума Верховного Суда России в соответствии с полным его официальным наименованием, а, значит, прибегает к анализируемому термину, вводя его тем самым не только в собственный юридический лексикон, но и делая достоянием широкой мировой юридической общественности.

Во-вторых, обращаясь к указанному Постановлению для целей кодификации норм международного права и в доказательство того, что понятие «*jus cogens*» известно и национальным правовым системам, КМП ООН фактически уравнила обе категории: «общепризнанные принципы и нормы международного права» и *jus cogens*. В результате устанавливается следующее: «Пленум Верховного Суда Российской Федерации схожим образом определяет *jus cogens*, указывая, что «под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы

международного права»<sup>9</sup>. В связи с этим нельзя не обратить внимания на довольно слабую аргументацию констатируемой эквивалентности. Причем как Верховный суд России, так и КМП ООН, отождествив, по сути, *jus cogens* и общепризнанные принципы и нормы международного права, произвели это скорее аксиоматически, чем развернуто-доказательно. Как демонстрирует предшествующее изложение, это не единственный пример обращения к подобному приему в решении проблемы мозаичности и понятийного разнообразия в позитивном праве и международно-правовой науке.

### **3. Международно-правовое закрепление термина «общепризнанные принципы и нормы международного права»**

Говоря о «общепризнанных принципах и нормах международного права», разумеется, нельзя не отталкиваться от понятия «принципа права». Однако речь должна идти все же конкретно о «принципах *международного права*», а не о принципах права вообще как исходных подступах к решению проблемы при опоре на материал внутригосударственного права, ибо в теоретическом отношении имеются кардинальные отличия между подходами к принципам со стороны последнего и со стороны международного права. При этом нельзя согласиться с призывами решительно отказаться от «нормативистского понимания правовых принципов»: «Когда исследователи предпринимают попытки уместить принцип права в узкую и унифицированную конструкцию стандартной (или даже специализированной) нормы права, это, по сути, являет собой попытку несоизмеримо большее свести к меньшему, уравнивать и поставить в одни рамки первооснову и первопричину с их производными и следствиями» [Коновалов А.В., 2018: 81]. В целом понятие «принципы права» анализируется с точки зрения так называемых «субстантивных свойств». Выделяются четыре: объективность, универсализм, глобальность, эффективность. Причем в концептуальном плане автор цитируемого фрагмента считает, что «субстантивность» правовых принципов не может быть оторвана от существа понятия «право», а в конечном выводе присутствует утверждение, что принципы права — это «объективные, универсальные, глобальные идеи о наиболее эффективной организации правового аспекта общественного устройства, отражающие объективные свойства природы людей и объективные закономерности социального взаимодействия» [Коновалов А.В., 2018: 81]. Таким образом, *субстантив-*

<sup>9</sup> См.: International Law Commission. Sixty-ninth session. Geneva, 1 May-2 June and 3 July-4 August, 2017. Second report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur.

но принципы права определяются как *идеи*, и итог очевиден: допуская, что сущность права выражается идеями, отделенными от самих юридических норм, т.е. права, автор безусловно противоречит сам себе.

Если тезисы подобного рода могли бы еще составить основания для дискуссий в ракурсе внутригосударственного права, то в рамках международного права постановка вопроса о принципах неизбежно должна быть уложена в русло *нормативности*, поскольку принципы в международном праве, если подходить к ним с категориальной точки зрения (а делать это необходимо, ибо принципы, особенно основополагающие, есть системообразующая его конструкция), выражают суть международного права. Международно-правовые принципы — это юридическое явление, которое прежде всего объективировано вовне нормативно, т.е. опосредствуется позитивным правом.

Подтверждением этого служит упомянутое заключение Международного Суда ООН, который в решении от 12.10.1984 по спору Канады и США о разграничении пространств и делимитации морской границы в заливе Мэн не зря указал, что термин «принципы» означает правовые нормы и что «употребление термина «принципы» оправдано, поскольку речь идет о более общих и фундаментальных нормах»<sup>10</sup>. Данная констатация тем более справедлива, если учесть, что в большинстве случаев принципы международного права составляют именно главные, императивные его *нормы*, именуемые в мировой доктрине и практике преимущественно *jus cogens* [Verdross A. Forbidden, 1937: 571, 574]; [D'Amato A., 1990: 4]; [Wet de E., 2004: 98–99]; [Шестаков Л.Н., 1981: 66–76]; [Исполинов А.С., 2014: 7–14]; [Черниченко С.В., 2012: 3–5];<sup>11</sup> [Kleinlein T., 2016: 175]. И хотя этот момент имеет характер самостоятельного вопроса фундаментального значения в теории международного права<sup>12</sup>, отдельных его граней придется коснуться в настоящей статье.

Итак, трудно оспоримым является факт, что введение конструкции «общепризнанные принципы и нормы международного права» в отечественное правоведение и внутригосударственную сферу вообще (в науку, объективное право и практику правоприменения) в последние десятилетия — это несомненный результат ее включения в российскую Конституцию. То же обстоятельство является коренным и для нынешней актуализации проблемы,

<sup>10</sup> Cf.: I.C.J. Reports 1984. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area. Judgment*, p. 246. Para 79.

<sup>11</sup> Несмотря на небесспорность абсолютизации отнесения к этой когорте всех основных принципов международного права.

<sup>12</sup> Комиссия международного права ООН, разрабатывая тему *jus cogens*, не зря поставила на одно из первых мест формулирование критериев императивных норм *jus cogens* (подробнее об этом см.: International Law Commission. Seventieth session. Geneva, 30 April — 1 June and 2 July — 10 August, 2018 A/CN.4/714; Advance Report UNILC 2018. P. 223–238.

хотя существуют и некоторые дополнительные факторы. В ходе установления первичной основы распространения анализируемого «клише» необходимо сослаться не только на преимущественно интерпретируемую ч. 4 ст. 15, устанавливающую, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации образуют составную часть ее правовой системы», но и на другие предписания, ставшие центральными в юридической практике (Преамбулу Конституции, в которой утверждаются права и свободы человека, гражданский мир и согласие, сохранение исторически сложившегося государственного единства, «исходя из общепризнанных принципов равноправия и самоопределения народов»; ч. 1 ст. 1, в которой защита прав и свобод человека признается и гарантируется «согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией»; ч. 1 ст. 17, ст. 18, ч. 1 ст. 63 и др.).

Объективности ради следует сказать, что термин «общепризнанные нормы» известен конституциям и зарубежных государств, однако, без упоминания об «общепризнанных принципах» (Австрия, Греция, Испания, Италия), что, конечно, в свою очередь, делает данные понятия самостоятельными по отношению ко всем другим, создавая еще бóльшие трудности в их квалификации. Например, в соответствии со ст. 9 Конституции Австрийской Республики (1920) «общепризнанные нормы международного права действуют в качестве составной части федерального права». Статья 96 Конституции Испании (1978) гласит: «Положения международных договоров могут быть отменены, изменены или приостановлены только в порядке, установленном в самих договорах или в соответствии с общепризнанными нормами международного права». В ст. 8 Конституции Республики Македония (1991) закреплено, что основополагающими ценностями конституционного устройства Республики является уважение общепринятых норм международного права.

Список государств, основные законы или конституции которых оперируют термином «общепризнанные принципы», «общепризнанные нормы» либо «общепризнанные принципы и нормы международного права», может быть существенно расширен: так, помимо упомянутого ранее, конституционные акты Грузии, Молдовы, Болгарии, Румынии, Азербайджана, Узбекистана, Беларуси, Армении, Венгрии, Йемена, Ирака, Ирландии, Киргизии, Литвы, Монголии, Португалии, Словении, Украины, Туркмении, Хорватии, Чехии, Эстонии содержат ссылки на те или иные перечисленные конструкции<sup>13</sup>. Добрую половину перечня, как видно, составляют бывшие союзные республики СССР, имеющие общность в истории и этапах развития правовых систем. Использование конституциями рассматриваемого термина

<sup>13</sup> См.: Конституции государств Европы в 3 т. Т. 1 / под общ. ред. Л.А. Окунькова. М., 2001. С. 27, 71, 105, 647.

вполне, таким образом, объяснимо. Наличие его в конституциях иных стран обусловлено нередко участием в многосторонних региональных и двусторонних договорах, в текстах которых обозначение «общепризнанные принципы и нормы международного права» присутствует в качестве легального понятия.

В частности, оно зафиксировано в Конвенции о привилегиях и иммунитетах Секретариата, его персонала и представителей государств-членов Сопредседательства по взаимодействию и мерам доверия в Азии от 8 июня 2010 г., Соглашении между Правительствами государств-членов Шанхайской организации сотрудничества о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности от 16.06.2009, Меморандуме между Российской Федерацией и Лигой арабских государств об учреждении Российско-Арабского форума сотрудничества от 21.12.2009 (разд. I «Принципы функционирования форума»), Соглашении между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о сотрудничестве в области исследования и использования Мирового океана от 27.05.2003, Договоре между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о мерах по дальнейшему сокращению и ограничению стратегических наступательных вооружений от 8.04.2010<sup>14</sup> и др. Не будучи исчерпывающим, приведенный список содержит большей частью многосторонние (преимущественно региональные/субрегиональные<sup>15</sup> или межрегиональные), и, разумеется, двусторонние акты.

---

<sup>14</sup> Использование понятия «общепризнанные принципы и нормы международного права» в названном международном соглашении имеет целью не только обозначить юридическую основу межгосударственных отношений, но и конкретизировать для сторон и третьих лиц определенную часть предмета и круга действия соответствующих международно-правовых норм. К примеру, его п. 11 устанавливает: «Стратегические наступательные вооружения, подпадающие под действие настоящего Договора, не базируются за пределами национальной территории каждой из Сторон. Предусмотренные в настоящем пункте обязательства не затрагивают прав Сторон в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права в отношении прохода подводных лодок или полетов летательных аппаратов, либо в отношении заходов подводных лодок в порты третьих государств» (см.: Бюллетень международных договоров. 2010. № 6. С. 3–11).

<sup>15</sup> В их числе см., например, международные документы СНГ, ЕврАзЭС, ЕАЭС: Решение Совета глав государств СНГ «Об Обращении глав государств-участников Содружества Независимых Государств к народам государств-участников Содружества и мировой общественности в связи с 65-й годовщиной Победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов» (принято в Кишиневе 09.10.2009); Решение Совета коллективной безопасности Организации Договора о коллективной безопасности «О Положениях об органах Организации Договора о коллективной безопасности» (вместе с Положениями о Совете коллективной безопасности, о Совете министров иностранных дел, о Совете министров обороны, о Комитете секретарей советов безопасности, о Постоянном совете при Организации, о Секретариате Организации) (принято в Душанбе 28.04.2003 с изм. от 19.12.2012) // СПС КонсультантПлюс. Нередко при определении правовой основы сотрудничества в содержании документов присутствует отделение общепризнанных принципов и норм

Кроме того, как отражение Конституции и действующего права России термин «общепризнанные принципы и нормы международного права» вошел в лексикон также Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ). Правда, стоит оговориться, что это по большей части имеет место, во-первых, в делах, рассматриваемых ЕСПЧ преимущественно по жалобам против России, и по этой причине является исключительно сопутствующим фактором ссылок на российское право, во-вторых, образует производный порядок введения термина в научный оборот и правовые позиции ЕСПЧ. Наряду с этим в Постановлении ЕСПЧ от 30.06.2005 по делу «Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi vs. Ireland» (жалоба № 45036/98) со ссылкой на Конституцию Ирландии указывается: «Ирландия признает общепризнанные принципы международного права как свои нормы поведения в отношениях с другими государствами» [Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К., 2017: 683, 684, 1190]; [Берестнев, 2016: 1158–1159].

Изложенное вполне могло бы быть воспринято в качестве доказательства существования солидного правового фундамента для использования «общепризнанных принципов» и как особых норм позитивного права, и как правовой категории юридической науки. Однако нельзя не подчеркнуть, что предложенный перечень не подтверждает, во-первых, строго выраженного присутствия таких принципов в универсальных документах, имеющих юридическую обязательность, во-вторых, еще не свидетельствует об универсальности, общепризнанности и императивности правил поведения субъектов международного права, опосредствуемых подобного рода принципами. Следовательно, затруднительно говорить и о самом понятии как всецело признанном мировой наукой и практикой международного права, поскольку не столь часты в специальной литературе (прежде всего, иностранной) публикации, пытающиеся серьезно исследовать этот аспект. К примеру, в новейшей работе С.Ю. Марочкина, вышедшей в свет в 2019 году и посвященной рассмотрению действия и реализации международного права в правовой системе России, вышеуказанный вопрос в научно-теоретическом контексте не рассмотрен [Marochkin S.Yu., 2019]. Примечательно также, что и в фундаментальном труде ведущих западных авторов, составивших объемный комментарий к Уставу ООН, в котором предметно отведено место положениям ст. 1 и 2 Устава, излагающих свод целей и принципов Организации, анализ самой категории «принципы международного права» отсутствует [Simma B., 2002].

---

по отношению к договорным актам и решениям органов международных организаций (см., например, п. 3 Положения о Совете коллективной безопасности ОДКБ, который предусматривает, что Совет «в своей деятельности руководствуется общепризнанными принципами и нормами международного права, Уставом Организации, Договором о коллективной безопасности, международными договорами и решениями, принятыми в рамках Организации, а также настоящим Положением»). Это создает впечатление «выпадения» из единства международного права общепризнанных принципов и норм, что в общем нельзя одобрить.

Среди отечественных авторов, продемонстрировавших «знак внимания» к этой проблеме, необходимо упомянуть, в частности, А.Х. Абашидзе [Абашидзе А.Х., 2017: 19–29]. Правда, с обобщениями, сформулированными автором в части расшифровки сути общепризнанных принципов и норм, согласиться нельзя. Речь идет прежде всего о том, что будто бы и в западной, и российской доктринах международного права понимается одно и то же (т.е. под «общепризнанными принципами и нормами международного права» подразумеваются «общие принципы права» или «общие принципы, признанные цивилизованными нациями», которые якобы также именуется нередко «основополагающими»). К тому же «под указанными принципами подразумеваются прежде всего принципы, закрепленные в Уставе ООН, Декларации о принципах международного права... и Хельсинкском заключительном акте СБСЕ 1975 г.» [Абашидзе А.Х., 2017: 20, 25] (зададимся вопросом: следовательно, в Уставе ООН и других приведенных актах закреплены «общие принципы права...»? — Л.А.).

Помимо сказанного ранее, в приведенных суждениях видится еще и несомненное упрощение проблемы, чтобы не сказать — уход от нее, поскольку даже если признать правоту автора, то основания, почему удалось прийти к подобному заключению, должны быть не только названы, но и обстоятельно подкреплены аргументами. При этом иллюстрации состояния западной международно-правовой науки в затронутой области практически отсутствуют. Обращение за поддержкой, в частности, к английскому курсу международного права [Shaw M., 2008: 98], к тому же в параллель конструкции ст. 38 Статута Международного Суда относительно «общих принципов права» (но без добавления фрагмента о «признании цивилизованными нациями») [Абашидзе А.Х., 2017: 24], мало что дает для существа явления «общепризнанные принципы международного права» и иных варьирующихся по отношению к такому обозначению терминов. Итогом со всей закономерностью выступает неутешительный вывод: фундаментальная, теоретически осмысленная дифференциация названных понятий, относящихся к принципам международного права, все еще ожидает реализации.

Что касается западной доктрины международного права, то она, будучи индифферентной к проблеме разграничения «общепризнанных» и «основных» (иногда и «общих принципов, признанных цивилизованными нациями»)» принципов, вносит в учение о принципах и нормах международного права еще одну загадку, метафорично именуемую то «ящиком Пандоры», то «автомобилем, не покидающим гаража», то предметом, «достойным Оскара, если бы подобная награда присуждалась в международном праве» [D'Amato A., 1990: 4–5]. Все это относится к *jus cogens* — «императивным нормам общего международного права». Находятся и противоположные скепсису взгляды: профессор Коннектикутского университета М. Джэнис воз-

водит *jus cogens* в «особое «международное право», квалифицируя его как «супернорму». Так что объективно вряд ли логично расценивать приведенное в качестве «совпадения» отечественной и западной доктрин в вопросе о принципах международного права.

Вместе с тем было бы глубоко ошибочным отрицать безусловную продуктивность уже найденных наукой общих ориентиров и векторов разработок, соответствующих поиску верных результатов. Так, вряд ли будут возражения против ряда тезисов, сформулированных в свое время в советской литературе. Например, Р.Л. Бобров в связи с исследованием основных принципов международного права отмечал, что речь идет об «общепризнанных положениях, концентрированно выражающих основное содержание международного права соответствующей эпохи его бытия», что «основные принципы ... международного права — это его кардинальные положения, которые устанавливают самые основы поведения государств в международных отношениях, и что с ними, следовательно, надлежит соотносываться во всех областях международного сотрудничества» [Бобров Р.Л., 1968: 71, 192–193]. Э.А. Пушмин, выстраивая определение основных принципов международного права, указал в этом отношении на ряд детерминирующих признаков: основополагающий характер, качество служить внутренней основой системы международного права, безусловные нормативность, общепризнанность, универсальность, всеобщность действия (неограниченность круга адресатов), императивность, свойство быть критериями законности, обладание программным характером — обеспечение главного направления развития системы международно-правового регулирования [Пушмин Э.А., 1978: 83].

В современной российской литературе один из крупных исследователей теории международного права также сформулировал соответствующие исходные положения, касающиеся принципов, которые заслуживают внимания, хотя и не во всем могут быть поддержаны: «Принципы международного права — общепризнанные нормы международного права наиболее важного и общего характера»; принципы международного права в основном «носят императивный характер и предусматривают обязательства *erga omnes*, т.е. обязательства в отношении всех и каждого из членов межгосударственного сообщества». Они объединяют нормы международного права различного уровня... в единую правовую систему»; «общепризнанные нормы международного права — понятие гораздо более широкое, чем общепризнанные принципы международного права»; «общепризнанные принципы международного права подразделяются на основные и отраслевые (специальные)»; «общие принципы права не следует отождествлять с общепризнанными принципами международного права» [Черниченко С.В., 2014: 101–102, 106].

## Заключение

Следует отметить ключевое для выводов по исследованию генезиса общепризнанных принципов и норм международного права, с точки зрения их присутствия в российской Конституции, обстоятельство, каковым выступает отыскание соотношения и связей между соответствующими понятиями в целом и их отдельными элементами как принципами, т.е. важнейшими категориями международно-правовой науки. В этом отношении, несомненно, следует констатировать, что подобный ракурс не был заложен ее создателями. Для решения же такого рода задачи необходимо, с одной стороны, по возможности предельно точно установить указанное соотношение между общепризнанными международно-правовыми принципами и общепризнанными нормами, а с другой, — между основными принципами международного права и его «общепризнанными принципами и нормами». При этом должно быть обеспечено использование подхода, гармонично сочетающего в себе не только юридические, но и философско-правовые элементы анализа. Принципы в международном праве (в том числе и основные принципы) как наиболее общие руководящие положения есть иерархически более высокие (в силу вышеприведенных критериев такого их статуса) по отношению ко всем другим нормам предписания.

Исследуя вопрос о соотношении понятий «международно-правовой принцип» и «международно-правовая норма», ученые сформулировали различные теоретические позиции, в числе которых значилось, прежде всего, мнение о том, что это соотношение «общего и частного, общего и конкретного» [Минасян Н.М., 1960: 41], что лежит в плоскости «линейного» подхода к правовым явлениям с философской точки зрения. Другие, не отрицая значения подобного вывода, наметили другой дискурс, полагая, что данные понятия представляют собой не только правовые категории, но и продукт научного мышления — научные абстракции, — которые соотносятся как категории «сущности и явления» [Пушмин Э.А., 1978: 80].

Однако квалификация «сущность и явление» все-таки больше характеризует иное, а именно: соотношение между другими научными понятиями, стоящими в круге настоящего анализа, — «основные принципы международного права» и «общепризнанные принципы и нормы международного права». При этом, соглашаясь с Э.А. Пушминым в его теоретико-философском подходе, целесообразно дополнить концептуальное решение видения соотношения основных принципов и общепризнанных принципов и норм международного права еще одной составляющей, имея в виду включение в упомянутую конкретизацию связи «сущности и явления» категории *jus cogens* («императивные нормы общего международного права» — *peremptory norms of general international law*). В подобной «комплектации» будет

заключено именно сопряжение «сущности и явления», ибо первые выражают главные, предметные (сущностные) черты международного права, свойственные ему в современную эпоху, а вторые в совокупности с качествами *jus cogens* выступают конкретизацией их содержания, а также форм опосредствования вовне, обеспечивая одновременно единство «внешнего и сущего».

В финале настоящего рассмотрения «корней» введения в российскую Конституцию понятия и термина «общепризнанные принципы и нормы международного права» не лишне еще раз подчеркнуть, что существо обозначенного явления гораздо глубже и сложнее, нежели кажется с первого взгляда, и вряд ли будет исчерпано единичными публикациями, пусть и всецело посвященными данному предмету. В свете этого очевидно, что у будущих покорителей этой «вершины» есть немалый опыт прежних поколений, но задел для ликвидации пустот и «темных пятен» не столь значителен.



## Библиография

Абашидзе А.Х. Принципы международного права: проблемы понятийно-содержательного характера // Московский журнал международного права. 2017. № 4. С. 19–29.

Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М.: РЮИД, 2000. 426 с.

Алексидзе Л.А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы. Тбилиси: Изд-во Тбилисского университета, 1982. 406 с.

Бобров Р.Л. Основные проблемы теории международного права. М.: Международные отношения, 1968. 272 с.

Бобров Р.Л. Современное международное право (современные предпосылки и социальное назначение). Л.: Изд-во ЛГУ, 1962. 114 с.

Исполинов А.С. Нормы *jus cogens* в решениях международных и национальных судов // Российский юридический журнал. 2014. № 6. С. 7–14.

Коновалов А.В. К вопросу о понятии принципов права // Lex Russica. 2018. № 8. С. 81–87.

Коровин Е.А. Об общепризнанных нормах международного права // Советское государство и право. 1951. № 9. С. 14–19.

Минасян Н.М. Источники современного международного права. Ростов-на-Дону: Изд-во Ростовского университета, 1960. 152 с.

Морозов А.Н. Конституционное отражение общепризнанных принципов и норм международного права // Журнал российского права. 2018. № 7. С. 33–45.

Нефедов Б.И. Принципы в международном праве: терминология // Московский журнал международного права. 2019. № 1. С. 6–17.

Нешатаева Т.Н. Суд и общепризнанные принципы и нормы международного права // Вестник Высшего арбитражного суда. 2004. № 3. С. 124–140.

Путеводитель по прецедентной практике Европейского суда по правам человека. 2002–2016 / науч. ред. и сост. Ю.Ю. Берестнев]. М.: Развитие правовых систем, 1288 с.

Пушмин Э.А. О понятии основных принципов современного общего международного права // Советский ежегодник международного права. 1978. М.: Наука, 1979. С. 76–84.

Талалаев А.Н. Об основных принципах международного права // Советский ежегодник международного права. 1958. М.: Наука, 1959. С. 513–515.

Толстик В.А. Общепризнанные принципы и нормы международного права в правовой системе России // Журнал российского права. 2000. № 8. С. 67–77.

Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К. Право Европейской конвенции по правам человека. М.: Развитие правовых систем, 2017.

Черниченко С.В. Взаимосвязь императивных норм международного права и обязательств *erga omnes* // Московский журнал международного права. 2012. № 3. С. 3–16.

Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.

Шейндлин Б.В. Сущность советского права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1959. 140 с.

Шестаков Л.Н. К вопросу определения норм *jus cogens* в международном праве // Советский ежегодник международного права. 1980. М.: Наука, 1981. С. 66–76.

D'Amato A. It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*! Connecticut Journal of International Law, 1990, no 1, pp. 1– 6.

Kleinlein T. (2016) *Jus Cogens* as the 'Highest Law'? Peremptory Norms and Legal Hierarchies. Netherlands Yearbook of International Law 2015: *Jus Cogens — Quo Vadis?* M. den Heijer, H. van der Wilt (eds.). Amsterdam: Springer, 2016, vol. 46, pp. 173–210.

Marochkin S.Yu. The Operation of International Law in the Russian Legal System. A Changing Approach. Brill/Nijhoff, Asian Law Series, 2019, vol. 8, 308 p.

Shaw M. International Law. 6<sup>th</sup> ed. Cambridge: University Press, 2008. 1708 p.

Simma B. (ed.) The Charter of the UN: a Commentary. Vol. 1. New York, 2002, 895 pp.

Verdross A. Forbidden Treaties in International Law. American Journal of International Law, 1937, no 31, pp. 571–574.

Wet de E. The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law. European Journal of International Law, 2004, no 1, pp. 97–121.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 3

### **Enigma of the Constitution of Russian Federation 1993: “Generally Recognized Principles and Norms of International Law”**



**Liudmila P. Anufrieva**

Professor, Chair of International Law, Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russian Federation. E-mail: lpanufrieva@msal.ru

## Abstract

The International law, being the independent legal system, has essential peculiarities, which are not manifested merely by the availability itself of the core component — the relevant system of its principles. The article explores very specific aspect related to the “generally recognized principles and norms of international law” as a category of legal science, in an atypical perspective of finding the origins of its inclusion into the Russian legal system basing on the grounds of analysis of domestic law and effective trends of international practice in this regard. The term and the category itself ‘generally recognized principles and norms of international law’ have become an integral part of the Russian contemporary jurisprudence and positive law in a whole due to relevant incorporation thereof into provisions of the Constitution of the Russian Federation, 1993. They constitute an important layer in the history of constitutional evolution of our state, which, however, has not yet received due attention in legal literature. Despite the wide-spread use of the afore-referred term in science and positive domestic law both in the Soviet Union and nowadays Russia, the scholars as far as the international law, have not till to date defined the substance and scope of the ‘generally recognized principles and norms’ as part of the said system of law nor juxtaposed the same with other categories and notions immune to International Law. Meanwhile, the said term continuously coexists in international law and its research along with other concepts, also covered by the range of designations pertaining to principles — ‘fundamental principles’, ‘general principles of law recognized by civilized Nations’, *jus cogens*, etc., which fact, in turn, requires appropriate orientation. The present piece, having relied upon the historiographical approach and theoretical positions substantiated by international legal science, is deemed to attempt to elucidate some queries related to the core issues regarding the subject-matter of the article — the ‘generally recognized principles and norms of international law’– and its constituent elements, as well as its relationship and links with other afore-referred phenomena, i.e. “fundamental principles of international law”, firstly, and the norms of *jus cogens* (‘peremptory norms of general international law’), secondly. This approach allowed to penetrate into the essence of the analyzed categories. The outcome of the work of the UN International Law Commission (UN IL Commission) related to the topic of ‘*jus cogens*’ is a matter of special attention in the course of analysis.

## Keywords

generally recognized principles and norms of international law, Constitution of the Russian Federation, UN Commission of International Law, genesis, ‘general principles of law recognized by civilized nations’, fundamental principles of international law, peremptory norms of ‘general international law’, *jus cogens*, normativity, positive law.

**Acknowledgements:** The work is supported by the Russian Foundation for Basic Research, project 18-011-01060-A.

**For citation:** Anufrieva L.P. (2019) *Enigma of the Constitution of the Russian Federation 1993*: “Generally Recognized Principles and Norms of International Law”. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 4–25 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.4.25



## References

- Abashidze A.H. (2017) Principles of International Law: Concept and Terminology *Moscovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no 4, pp. 19–29 (in Russian)
- Aleksidze L.A. (1982) *Issues of the Theory of International Law*. Tbilisi: University Press, 406 p. (in Russian)
- Avak'yan S.A. (2000) *The Constitution of Russia*. Moscow: RYID Press, 528 p. (in Russian)
- Berestnev Yu.Yu. (ed.) (2016) *Guide to Precedential Practice of the European Court of Human Rights 2002–2016*. Moscow: Razvitie pravovykh system, 1288 p. (in Russian)
- Bobrov R.L. (1962) *Contemporary International Law*. Leningrad: University Press, 114 pp. (in Russian)
- Bobrov R.L. (1968) *Major Issues of the Theory of International Law*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 272 pp. (in Russian)
- Chernichenko S.V. (2012) Interplay between Peremptory Norms of International Law and Obligations *erga omnes*. *Moscovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no 3, pp. 3–16 (in Russian)
- Chernichenko S.V. (2014) *Outline of International Law. General Issues*. Moscow: Nauchnaya kniga, 592 p. (in Russian)
- D'Amato A. (1990) It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*! *Connecticut Journal of International Law*, no 1, pp. 1–6.
- Ispolinov A.S. (2014) *Jus cogens* in the Judgements of International and Municipal Courts. *Rossiyskiy juridicheskiy zhurnal*, no 6, pp. 7–14 (in Russian)
- Harris D., O'Boyle M., Warbrik C. (2017) *Pravo Evropeyskoi konventsii po pravam cheloveka*. Moscow: Razvitie pravovykh system, 1342 p. (in Russian)
- Kleinlein T. (2016) *Jus Cogens* as the 'Highest Law'? Peremptory Norms and Legal Hierarchies. *Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens — Quo Vadis?* (ed.). Amsterdam: Springer, vol. 46, pp. 173–210.
- Konovalov A.V. (2018) On the Concept of Principles of Law. *Lex Russica*, no 8, pp. 81–87 (in Russian)
- Korovin E.A. (1951) On the Generally Recognized Norms of the International Law. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 9, pp. 14–19 (in Russian)
- Marochkin S.Yu. (2019) The Operation of International Law in the Russian Legal System. A Changing Approach. Brill/Nijhoff, *Asian Law Series*, vol. 8, 308 p.
- Minasyan N.M. (1960) *The Sources of Contemporary International Law*. Rostov: University Press, 152 pp. (in Russian)
- Morozov A.N. (2018) Reflection of Generally Recognized Principles of International Law in the Constitution. *Journal of Russian Law*, no 7, pp. 33 — 45 (in Russian)
- Nefedov B.I. (2019) Principles in the International Law: Terminology. *Moscow Journal of International Law*, no 1, pp. 6–17 (in Russian)
- Neshataeva T.N. (2004) The Court and the Generally Recognized Principles and Norms of International Law. *Vestnik Vysshego arbitrazhnogo suda*, no 3, pp. 124–140 (in Russian)
- Pushmin E.A. (1979) Concept of Major Principles of Contemporary International Law. In: *Soviet Yearbook of International Law*. Moscow: Nauka, pp. 76–84 (in Russian)
- Sheyndlin B.V. (1959) *Essence of Soviet Law*. Leningrad: University Press, 140 p. (in Russian)

Shestakov L.N. (1981) Concerning the problem of identification of the norms *jus cogens* in the International Law. In: *Soviet Yearbook of International Law*. Moscow: Nauka, pp. 66–76 (in Russian)

Shaw M. (2008) *International Law*. 6<sup>th</sup> ed. Cambridge: University Press, 1708 pp.

Simma B. (ed.). (2002) *The Charter of the United Nations. A Commentary*. N.Y.: Oxford University Press, 895 p.

Talalaev A.N. (1959) Major Principles of the International Law. *Soviet Yearbook of International Law*. Moscow: Nauka, pp. 513–515 (in Russian)

Tolstik V.A. (2000) Generally Recognized Principles and Norms of International Law within the Legal System of Russia. *Journal of Russian Law*, no 8, pp. 67–77 (in Russian)

Verdross A. von (1937) Forbidden Treaties in International Law. *American Journal of International Law*, no 31, pp. 571–574.

Wet de E. (2004) The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law. *European Journal of International Law*, no 1, pp. 97–121.

# Формы применения труда недееспособного работника

---

## **Л.В. Зайцева**

профессор кафедры трудового права и предпринимательства Тюменского государственного университета, доктор юридических наук. Адрес: 625000, Российская Федерация, Тюмень, ул. Ленина, 38. E-mail: l.v.zajceva@utmn.ru

## **О.А. Курсова**

доцент кафедры трудового права и предпринимательства Тюменского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 625000, Российская Федерация, Тюмень, ул. Ленина, 38. E-mail: o.a.kursova@utmn.ru

---

## **Аннотация**

Переход от медицинской модели инвалидности к социальной правозащитной модели становится общемировой тенденцией нормативного регулирования. Обновление концепции прав человека инициирует изменение восприятия правового положения лиц с психическими расстройствами; традиционная изоляционная парадигма, лежащая в основе правового регулирования, должна смениться подходом, основанным на целостной их реабилитации, в том числе профессиональной. Недостатки в реализации норм института недееспособности порождают непропорциональные ограничения трудовых прав лиц, нуждающихся в правовой защите, тогда как трудовое регулирование призвано обеспечить таким лицам полноценную социализацию и защиту от дискриминации. Это позволяет выдвинуть тезис о независимости трудового правосубъектности лиц, признанных недееспособными, от их гражданской правосубъектности. Теория независимости трудовой правосубъектности лица, признанного судом недееспособным, во взаимосвязи с адаптационной моделью инвалидности ставит вопрос о реабилитационных возможностях различных форм занятости лиц с тяжелыми психическими расстройствами. В работе проанализированы особенности использования различных форм обеспечения занятости лиц, страдающих психическими расстройствами, в контексте нелиберальной, консервативной и социал-демократической моделей социальной политики. Сравнение статистических данных и результаты исследований в США, Канаде и Европе показывают, что наилучший реабилитационный потенциал несет технология поддерживаемой занятости. Кроме того, эта технология полностью соответствует современной социальной концепции инвалидности. Исследование новаций, связанных с внедрением института сопровождаемой занятости инвалидов, показало, что потенциал этой технологии российским законодателем полностью не использован. Основными методами исследования стали системный и комплексный анализ нормативных правовых актов России, ряда других стран и международных организаций, компаративистский метод, метод экспертных оценок. Выводы исследования носят как теоретический, так и практический характер и намечают отдельные направления совершенствования трудового законодательства России об участии в трудовых отношениях лиц, признанных судом недееспособными.

---



### Ключевые слова

субъекты трудового права, трудовая правосубъектность, трудовая право-и дееспособность, недееспособный гражданин, социальная концепция инвалидности, поддерживаемая занятость.

---

**Для цитирования:** Зайцева Л.В., Курсова О.А. *Формы применения труда недееспособного работника* // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2019. № 3. С. 26–51.

УДК: 349

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.26.51

## Введение

На первый взгляд, утверждение о недееспособном работнике парадоксально. Пересечение двух отраслей права — трудового и гражданского в точке определения трудовправового статуса лица, признанного судом недееспособным в соответствии с нормами гражданского законодательства, породило казус, долгое время являющийся поводом для противоречивых точек зрения — может ли недееспособное лицо быть работником? [Гашкин А.А., 2009: 102]; [Парягина О.А., 2017: 52].

Основной аргумент противников возможности трудовой правосубъектности недееспособных лиц: недееспособное лицо не обладает деликтоспособностью [Смирнов О.В., 1964: 25]. С точки зрения Э.Н. Бондаренко изъятие деликтоспособности как элемента трудового статуса работника чревато ревизией понятия и содержания трудового правоотношения, носящего исключительно личный и подчиненный характер. Поскольку формализовать критерии деликтоспособности пропорционально степени психического расстройства вряд ли возможно, признание лица недееспособным исключает его возможность быть субъектом трудового правоотношения [Бондаренко Э.Н., 2017: 127]. Полагаем, что такое мнение сложилось вследствие методологической путаницы, вызванной смешением категорий двух отраслей права, имеющих разные цели и задачи, осуществляющих правовое регулирование при помощи различающихся методов и средств правового воздействия.

Между тем современные международные тренды в определении правового положения лиц, страдающих психическими расстройствами, ориентируют внутриотраслевое правовое регулирование на углубление дифференцированного подхода к установлению пределов волеиспособности субъекта во взаимосвязи с целями и задачами *конкретной отрасли права*. Эта правовая тенденция обусловлена изменением подходов к реабилитации и лечению лиц, страдающих психическими расстройствами: от социального пресле-

дования и остракизма — к социальной помощи, от восприятия медикализации как основы лечения психических расстройств (или облегчения их симптомов) — к подходу, основанному на реабилитации и акцентирующем внимание на социальной стороне выздоровления, на целостном восстановительном процессе, на проблемах трудоспособности, социального функционирования, бытовой адаптации [Носатовский И.А., Рогачева Т.А., 2016: 237].

Общемировой тенденцией нормативного регулирования становится отход от «медицинской модели» инвалидности, в рамках которой нормативное регулирование осуществлялось в соответствии с изоляционной концепцией, допускающей отказ в гражданских, политических, экономических и культурных правах лицам с психическими расстройствами. Новая социально-контекстная, правозащитная модель исходит из того, что человек находится в центре всех касающихся его решений [Серова О.А., 2016: 437].

Логическим следствием принятия такой концепции стала потребность усиления защиты лиц, страдающих психическими расстройствами, от стигматизации и дискриминации. В соответствии с трактовкой принципа равенства, предложенной МОТ, неблагоприятные факторы, с которыми сталкиваются лица с ограниченными возможностями, и факт, что они зачастую исключаются из общественной жизни, вызваны не их индивидуальными недостатками, а скорее являются *ответной реакцией общества* на их недостатки<sup>1</sup>.

## **1. Трудоправовая правосубъектность: зависимость или самостоятельность?**

Развитие прав человека и концепции инвалидности<sup>2</sup> привел к отмене в ряде европейских стран института опеки над взрослыми<sup>3</sup>. В соответствии

---

<sup>1</sup> Закрепление в законодательстве принципа равенства в трудоустройстве лиц с ограниченными возможностями: руководящие принципы / Группа поддержки по вопросам достойного труда и Бюро МОТ для стран Восточной Европы и Центральной Азии. М.: МОТ, 2012. С. 8.

<sup>2</sup> В 1982 г. Всемирной программой действий в отношении инвалидов было заложено основание нового подхода к их проблемам; 23.02.1999 Комитет министров Совета Европы принял Рекомендации № R(99) «О принципах, касающихся правовой защиты недееспособных взрослых»; 27 ноября 2000 вступила в силу Директива 2000/78/ЕС «О равном обращении в области занятости и образования»; 23.12. 2010 ЕС присоединился к Конвенции ООН о правах инвалидов; в ноябре 2010 г. Европейская комиссия приняла стратегию по проблемам инвалидности на 2010–2020 гг., призванную устранить барьеры, не позволяющие инвалидам на равном основании участвовать в развитии и жизни общества; в свете обязательства ЕС и его государств-членов защищать права инвалидов, Агентство ЕС по основным правам (FRA) в 2009 г. запустило проект, затрагивающий вопросы фундаментальной защиты прав лиц с проблемами психического здоровья и лиц с ограниченными умственными возможностями.

<sup>3</sup> Чехия, Эстония, Венгрия, Швейцария отказались от института полной опеки, взамен которого ввели несколько альтернативных механизмов защиты лиц, имеющих нарушения психического здоровья [Бартнев Д.Г., 2009: 63]; ФРГ и Австрия отказались от института опеки над

с логикой современного видения прав человека лишение способности осуществлять гражданские права «может представлять собой непропорциональную меру, ставящую клеймо на лицо, помещавшееся под опеку» [Петурова Н.Н., 2017: 64].

Аналогичные процессы происходят и в регулировании защиты прав лиц с ограниченными возможностями в России. Ратификация 3.05.2012 Конвенции ООН о правах инвалидов (2006)<sup>4</sup> обусловила развитие российского законодательства в направлении расширения прав инвалидов. Российский законодатель частично воспринял и идею дифференцированного подхода к оценке последствий наличия у гражданина нарушений психических функций. Гражданское законодательство дополнилось новым институтом ограничения дееспособности по причине психического расстройства лица (п. 2 ст. 30 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК РФ)<sup>5</sup>.

К сожалению, анализ статистических данных показывает, что частичное восприятие российским законодателем принципа максимального признания дееспособности в совокупности с признанием различных степеней недееспособности<sup>6</sup> существенно не повлияло на динамику судебных решений о признании граждан недееспособными [Аргунова Ю.Н., 2009: 57]. По данным Агентства правовой информации, количество дел о признании лица недееспособным в последние годы снизилось лишь немного, оставаясь высоким.

Стабильно высоким остается и процент удовлетворенных требований о признании граждан недееспособными (96–97%)<sup>7</sup>. Это, вероятно, свидетельствует о доверии судов к судебно-психиатрическим экспертизам (далее — СПЭ). Между тем, по оценкам самих экспертов, вследствие пересмотра правовой категории недееспособности методология СПЭ в гражданском процессе остается наименее разработанной [Королева Е.В., 2016: 177]. Профессиональным сообществом психиатров признана необходимость обра-

---

совершеннолетним лицом [Архипов С.И., 2004: 283–284].

<sup>4</sup> Федеральный закон от 3.05.2012 № 46-ФЗ «О ратификации Конвенции о правах инвалидов» // СЗ РФ. 2013. № 6. Ст. 468.

<sup>5</sup> См.: Постановление ЕСПЧ от 04.03.2010 «Дело «Штукатуров против Российской Федерации» (жалоба № 44009/05)» // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2010. № 7; Постановление Конституционного Суда России от 27.02.2009 № 4-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2009. № 2; Определение Конституционного Суда от 19.01.2011 № 114-О-П // СЗ РФ. 2011. № 11. Ст.1551; Федеральный закон от 6.04.2011 № 67-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2040.

<sup>6</sup> О принципах правовой защиты недееспособных взрослых: Рекомендации Комитета министров Совета Европы 23.02. 1999 № R(99) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>7</sup> Available at: URL: <http://stat.xn----7sbqk8achja.xn--p1ai/stats/gr/t/22/s/2> (дата обращения: 02.03. 2019)

тить особое внимание на этические проблемы судебно-психиатрической деятельности в целом и повышение обоснованности экспертных заключений, в частности<sup>8</sup>. Так, например, исследование 236 повторных СПЭ выявило, что экспертное заключение первичной СПЭ подтверждается лишь в 30,08% наблюдений, во всех остальных случаях зафиксированы расхождения экспертных решений [Корзун Д.Н., Ткаченко А.А., 2013: 46].

Юридический срез проблемы повышения обоснованности экспертных заключений связан с отсутствием в законодательстве критериев и принципов оценки дееспособности гражданина для целей судебно-медицинской экспертизы (ст. 283 ГК РФ). В частности, правовая неопределенность, порождаемая указанным пробелом, в сочетании со стереотипностью мышления в медицинском сообществе, в адвокатской и судебной практике приводит к некорректности и неясности в постановке вопросов экспертам, что, в свою очередь, может стать причиной подмены понятий «ограниченная дееспособность» или «несделкоспособность» недееспособностью [Носачев Г.Н., 2016: 238]. Иными словами, не исключаются признания лиц недееспособными, когда всего лишь требовалось определить возможности делкоспособности лица в текущий момент. Недостатки рассматриваемой конструкции становятся особенно заметными, если учесть, что зачастую заключение СПЭ в судебном решении не оценивается либо оценивается с помощью выражения «у суда нет оснований не доверять заключению экспертов» [Аргунова Ю.Н., 2009: 60–61]. При этом последствия признания гражданина недееспособным выражаются в полном и практически бессрочном лишении его прав.

Итак, практика признания граждан недееспособными может кардинально расходиться с целями правового регулирования. Институт признания лица недееспособным по нормам гражданского законодательства признан во всем мире излишне консервативным. Недостатки реализации норм этого института часто приводят к непропорциональным ограничениям прав лиц, нуждающихся в правовой защите, тогда как акцент трудового регулирования в отношении применения труда лиц с ограниченными возможностями должен быть смещен в сторону их полноценной социализации, реабилитации и защиты от дискриминации.

На настоящем этапе развития научных представлений о роли трудовой реабилитации в системе адаптации лиц с психическими расстройствами невозможно всерьез говорить, что на основании решения суда лицо, сохраняющее трудоспособность, может быть практически пожизненно лишено

---

<sup>8</sup> Резолюция делегатов XVI съезда психиатров России и участников Всероссийской конференции с международным участием «Психиатрия на этапах реформ: проблемы и перспективы» (Казань, 23–26.09. 2015). Available at: URL: <https://psychiatr.ru/news/475> (дата обращения: 27.02.2019)

возможности реализовать право на труд. Современные клинические исследования убедительно доказывают наличие связи между улучшением состояния пациентов, страдающих психическими расстройствами, и осуществлением функциональной трудовой деятельности с целью реабилитации в условиях обычной занятости<sup>9</sup> [Левина Н.Б., Любов Е.Б., Русакова Г.А., 2010: 92]. В такой ситуации проблематика отраслевого обособления трудовой правосубъектности становится актуальной.

В научной литературе уже есть аргументы в пользу необходимости отраслевого обособления и самостоятельности конструкции правосубъектности в трудовом праве, и, следовательно, недопустимости применения правил ограничения гражданской правосубъектности к трудовой правосубъектности, направленной на приобретение трудовых, а не гражданских прав (имущественных и личных неимущественных) [Кораблина О.В., 2013: 134]. Разделяя точку зрения авторов, полагающих, что недееспособность нетождественна и неравнозначна таким категориям, как невменяемость и нетрудоспособность [Кораблина О.В., 2013: 132]; [Синицын В.Г., 2013: 218]; [Серова О.А., 2016: 436], подчеркнем, что категориальный аппарат той или иной отрасли права подчинен прежде всего целям ее правового воздействия и функциям соответствующей отрасли.

На наш взгляд, то, что в гражданском законодательстве определяет недееспособного как лицо, которое не может «понимать значения своих действий или руководить ими», детерминировано целью защиты его имущественных и личных неимущественных прав в сфере гражданского оборота. Такое лицо может понимать значение своих действий в сфере трудовой (квалифицированной или неквалифицированной) производственной деятельности, в состоянии руководить такими действиями. В трудовых отношениях именно трудоспособность или нетрудоспособность являются теми юридическими фактами, с которыми закон связывает возможность наступления трудовозрастных последствий (например, п. 5 ст. 83 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ) называет факт признания лица полностью нетрудоспособным в соответствие с медицинским заключением основанием для прекращения трудового договора).

Поскольку целями трудового законодательства являются установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан, создание благоприятных условий труда, защита прав и интересов работников и работодателей, трудовозрастной статус недееспособного работника и его представителя (опекуна и органов опеки и попечительства) должны быть уре-

---

<sup>9</sup> См.: Доклад о состоянии здравоохранения в мире: Психическое здоровье: новое понимание, новая надежда. Женева, 2001. С. 82–83. Available at: URL: <http://www.who.int/whr/2001/en/> (дата обращения: 21.05.2017)

гулированы трудовым законодательством особым образом. Этот пробел в праве, как и многие другие, снижают действенность правового регулирования. Учет цели правового воздействия является необходимым фактором действенности законодательства.

## **2. Формы применения труда лиц, страдающих психическими расстройствами: опыт зарубежных стран**

Теория независимости трудовой правосубъектности лиц, признанных недееспособными, от их гражданской правосубъектности, актуализирует не только проблематику приспособления трудовправовых конструкций к адаптационной правовой модели инвалидности, но и ставит вопрос о реабилитационных возможностях различных форм занятости лиц, страдающих тяжелыми психическими расстройствами. Различные правовые системы используют разнообразные механизмы профессиональной реабилитации и обеспечения трудовой занятости лиц, страдающих психическими расстройствами, формирование которых напрямую зависит от соответствующих этим системам моделей социальной политики<sup>10</sup>.

Так, например, нелиберальная модель (США, Канада, Австралия, Великобритания, Япония), ориентированная на поддержку граждан за счет развитых систем страхования, предполагает распространение социальной защиты лишь на категории населения, неспособные самостоятельно обеспечить свое благополучие. При этом акцент сделан на оказание социальных услуг адресно, с тщательной проверкой нуждаемости [Козюк В.В., Длугопольский А.В. 2014: 7]. Такой подход способствует развитию индивидуализации в обеспечении занятости и формированию таких механизмов содействия трудоустройству, которые обеспечивают максимальный учет индивидуальных особенностей лица, нуждающегося в трудоустройстве в сочетании с учетом интересов работодателя. Не зря именно в США и Канаде в 1980-х годах стали применять концепцию «поддерживаемого трудоустройства», ныне повсеместно признанную наиболее прогрессивной, ибо она основана на идее максимального сохранения дееспособности, социализации и реабилитации лица с ограниченными возможностями в условиях конкурентной занятости.

Тенденции адресности социальной поддержки в рассматриваемой модели проявляются и в особенностях оказания мер поддержки работодателям. Так, работодателям, обеспечивающим занятость инвалидов, положены льготные

---

<sup>10</sup> В настоящей работе используется классическая типология «режимов благосостояния» шведского экономиста и социолога Г. Эспинга-Андерсена [Esping-Andersen G., 1990: 248], в которой выделяются нелиберальная (англо-американская), консервативно-корпоративистская (франко-германская) и социал-демократическая (скандинавская) модели социальной политики.

или даже безвозвратные кредиты, кроме того, предусмотрено адресное финансирование грантами [Khalema N., Shankar J., 2013: 7]. В основе социал-демократической (скандинавской) модели социальной политики (Швеция, Дания, Норвегия) лежит идея распределения экономических ресурсов государства между всеми слоями населения (от наиболее обеспеченных групп к менее обеспеченным). Характерными ее чертами является уравнивание социальной помощи и стандартных пособий или услуг. Там, где эта модель является доминирующей, поддержка занятости имеет высокую приоритетность и осуществляется в рамках долгосрочного стратегического подхода.

Меры содействия трудоустройству лиц, нуждающихся в социальной защите, ориентированы на максимальную интеграцию инвалидов в общественную жизнь, поэтому существенное внимание уделяется созданию равных условий для обеспечения занятости на открытом рынке труда<sup>11</sup>. При этом предусматриваются как сопровождающие меры для лиц с ограниченными возможностями, так и сопутствующие меры для работодателей<sup>12</sup>.

Консервативно-корпоративистская (франко-германская) модель (Франция, Германия, Нидерланды, Италия, Австрия, Бельгия и др.) основана на принципах субсидиарности и солидарности в сочетании с обеспечением баланса между государственным патернализмом в социальном обеспечении и адресными программами поддержки разных групп населения по профессиональному или имущественному признакам [Козюк В.В., 2014: 8]. Страны Европы, в которых превалирует социальная политика, соответствующая названной модели, сейчас используют как традиционные меры содействия трудоустройству (квотирование рабочих мест и создание специальных предприятий, использующих труд инвалидов — «защищенных мастерских»)<sup>13</sup>,

<sup>11</sup> Available at: URL: <http://www.regjeringen.no/en/dep/aid/topics/welfare-policy/inclusive-working-life/New-IA-agreement-and-stimulus-package-to-reduce-sick-leave-.html?id=594043> (дата обращения: 15.02.2019)

<sup>12</sup> Например, в Швеции сопровождающими мерами для лиц с ограниченными возможностями являются транспортная поддержка, специальные налоговые вычеты или льготы, гибкая организация работы и различные виды субсидий на заработную плату. Сопутствующие меры для работодателей включают финансовую поддержку адаптации на рабочем месте, снижение налогов, субсидирование заработной платы и др. Available at: URL: [http://www.arbetsformedlingen.se/download/18.46ccfec5127ddccce778000574/sius\\_as.pdf](http://www.arbetsformedlingen.se/download/18.46ccfec5127ddccce778000574/sius_as.pdf) (дата обращения: 03.03.2019)

<sup>13</sup> Выделяется два основных типа защищенных мастерских. Первый — традиционные защищенные мастерские являются долгосрочными местами работы для людей, чья инвалидность препятствует их доступу на открытый рынок труда. Второй — защищенные мастерские переходного (или транзитного) типа нацелены на обеспечение лиц с ограниченными возможностями поддержкой и умениями, необходимыми для доступа к незащищенному трудоустройству [Пазына Е.О., 2018: 3]. Например, в Италии распространена практика социальных предприятий трудовой интеграции (WISE), в основном социальных кооперативов, работающих в сотрудничестве с центрами занятости. Социальные кооперативы по трудовой интеграции принимают лиц, нуждающихся в социальной защите, с целью их обучения и найма на постоянной основе. В Италии около 7000 таких кооперативов (A Brief Overview of Supported Employment in Europe. EUSE report

так и поддерживаемое трудоустройство, сопровождаемое поддержкой и работников с ограниченными возможностями, и работодателей (субсидирование заработной платы, финансовая поддержка адаптации на рабочем месте, налоговые льготы, «индивидуальное размещение и поддержка» (IPS))<sup>14</sup>.

Исследования показывают, что традиционные программы, включающие профессиональную подготовку, обучение профессиональным навыкам, работу в защищенных условиях и постепенное продвижение через различные этапы на пути к конкурентоспособной занятости, как правило, не приносят успеха в возвращении клиентов к конкурентной работе [Mechanic D., Blider S., McAlpine D., 2002: 242–253]; [Tapia F., Castro W., Aguilera J. 2013: 143–148]. Мало полезна и такая мера поддержки трудоустройства, как квотирование. Вне зависимости от того, установлены ли меры юридической или финансовой ответственности за невыполнение установленных квот для трудоустройства инвалидов, квоты далеко не всегда выполняются<sup>15</sup>, в особенности это касается самой стигматизированной и дискриминируемой категории инвалидов — лиц с психическими расстройствами<sup>16</sup>.

Среди всех подходов к психиатрической реабилитации лиц с тяжелыми психическими расстройствами самую обширную доказательную базу приобрела технология поддерживаемого трудоустройства [Bond G., Becker D., Drake R., 2001: 313–322]. Особенность поддерживаемого трудоустройства как практики профессиональной реабилитации лиц с такими расстройствами заключается в ориентировании этого подхода, на получение и сохранение ими оплачиваемой работы на открытом рынке труда. Сопровождающие трудоустройство меры поддержки должны включать помощь работнику до, во время и после получения работы, а также поддержку работодателя через посредничество специально обученного наставника<sup>17</sup>.

---

2010). По данным сводного европейского отчета о занятости (JER) 2018 года, Германия увеличила субсидию на обеспечение работой 300 000 инвалидов на защищенных рабочих местах. См.: Mainstreaming disability equality in the European Semester 2018–2019. Available at: URL: <https://www.disability-europe.net/theme/eu2020> (дата обращения: 28.02.2019)

<sup>14</sup> Supported Employment for people with disabilities in the EU and EFTA-EEA: good practices and recommendations in support of a flexicurity approach. Study Report. May 2011. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012. P. 45–159.

<sup>15</sup> Так, по данным Еврокомиссии, во Франции в 2009 г. 90% работодателей, обязанных выполнять квоту, не выполнили ее; 32% не трудоустроили инвалидов совсем; в Греции система квот не контролируется правительством; в Венгрии эта система хоть и предусмотрена, но не применяется. См.: Ibid. P. 79, 88, 92.

<sup>16</sup> Available at: URL: <http://www.disability-europe.net/content/pdf/FR-9ANED%202009%20Task%2006%20Request-08BCountry%20update%20Employment%20-%20report%20final.pdf> (дата обращения: 25.02.2019)

<sup>17</sup> Supported Employment for Key Policy Makers: European Union of Supported Employment Position Paper. Available at: [http://www.euse.org/content/position\\_papers/Supported-Employment-Key-Policy-Makers.pdf](http://www.euse.org/content/position_papers/Supported-Employment-Key-Policy-Makers.pdf) (дата обращения: 25.02.2019)

Ряд исследований как в США, так и в Европе подтверждает приоритет этой технологии перед другими подходами [Drake R., 1999: 627–633]; [Bond G., Drake R., Becker D., 2012: 35–43]. Так, например, европейское контролируемое исследование применения технологии поддерживаемой занятости как средства реабилитации лиц с тяжелыми психическими заболеваниями выявило, что показатель получения конкурентоспособной работы посредством этой технологии *был удвоен* по сравнению с обычными методами профессиональной реабилитации. Пациенты, получившие таким образом конкурентную работу, дольше сохраняли ее и в целом работали большее количество часов. При этом высокий уровень занятости не влиял негативно на их клиническое самочувствие и не вызывал рецидива [Burns T., Catty J., Becker T., Drake R., 2007: 1146–1152]. Еще одно многоцентровое европейское исследование показало, что при более высоком реабилитационном потенциале по сравнению с другими видами профессиональной реабилитации поддерживаемое трудоустройство в целом менее затратно для государственных поставщиков медицинских и социальных услуг [Knapp M., Patel A., Curran C., 2013: 60–68].

В социальном контексте поддерживаемое трудоустройство выполняет аксиологическую функцию, ибо предполагает полноценную интеграцию инвалида в общество, рабочую среду, обеспечиваемое таким образом взаимодействие способствует преодолению предрассудков, снижению стигматизации и самостигматизации [Tapia F., Castro W., Aguilera J., 2013: 143–148]. В правовом измерении приоритет подхода поддерживаемого трудоустройства объясняется тем, что он в большей степени, чем другие подходы согласуется с социальной концепцией инвалидности. Его применение преследует цели преодоления или максимально возможного нивелирования поведенческих и экологических (средовых) барьеров, возникающих в результате взаимодействия лиц с нарушениями с другими лицами в конкурентной среде<sup>18</sup>.

Примечательно, что в начале 1980-х годов стратегия поддерживаемого трудоустройства была разработана в США специально для обеспечения профессиональной реабилитации лиц с умственной отсталостью, и позже

---

<sup>18</sup> В соответствии с ч. 4 ст. 12 Конвенции ООН о правах инвалидов (2006) государства-участники обеспечивают, чтобы все меры, связанные с реализацией правоспособности, предусматривали надлежащие гарантии предотвращения злоупотреблений в соответствии с международным правом прав человека. Такие гарантии должны обеспечивать, чтобы меры, связанные с реализацией правоспособности, ориентировались на уважение прав, воли и предпочтений лица, были свободны от конфликта интересов и неуместного влияния, были соразмерны обстоятельствам этого лица и построены под них, применялись в течение как можно меньшего срока и регулярно проверялись компетентным, независимым и беспристрастным органом или судебной инстанцией. Эти гарантии должны быть соразмерны той степени, в которой такие меры затрагивают права и интересы данного лица. Конвенция вступила в силу в России 25. 10. 2012 // Бюллетень международных договоров. N 7. 2013.

она была адаптирована для лиц, страдающих психическими расстройствами [Anthony W., Blanch A., 1987: 6–23]. Впоследствии технология поддерживаемого трудоустройства стали использовать для профессиональной реабилитации всех инвалидов, а в течение последних двух десятилетий она признана образцом передовой практики во всем мире.

Как уже отмечалось, базовой основой рассматриваемой технологии стала американская модель поддерживаемой занятости. Эта модель акцентирована на следующих моментах: поддержка занятости предусмотрена для лиц с *наиболее серьезной* инвалидностью, чтобы постоянная поддержка *была необходима* для сохранения занятости; работать они должны в интегрированных деловых и промышленных условиях, а не в реабилитационных центрах; поддерживаемая занятость должна справедливо оплачиваться; в течение рабочего дня у лиц, участвующих в программе поддерживающей занятости, должна быть возможность интеграции с лицами без инвалидности, кроме тех, которые напрямую поддерживают услуги для работодателей (наставников)<sup>19</sup>. Успешность реализации реабилитационного потенциала поддерживаемой занятости, как показывают исследования, зависит в том числе и от оптимальной институционализации технологии, которая предполагает: а) наличие агентства-поставщика услуг для достижения конкурентоспособной занятости; б) быстрый поиск работы, помогающий клиентам найти работу в срочном порядке; в) взаимодействие агентства и клиентов при поиске работы в соответствии с предпочтениями клиента, учет его сильных сторон и предыдущего опыта работы; г) постоянную поддержку и сопровождение агентством клиента с целью обеспечить оптимальную производительность труда; д) тесную связь между агентством и психиатрическим лечением каждого клиента [Tapia F., Castro W., Aguilera J., 2013: 146].

Американский и канадский успех применения подхода поддерживаемого трудоустройства вызвал интерес к этой технологии в Европе и инициировал ее рецепцию. Единой концепции поддерживаемого трудоустройства на европейском пространстве пока не сложилось, но стратегия инвалидности ЕС на 2010–2020 годы наметила общее видение этой технологии как модели «индивидуального размещения и поддержки» (IPS), предложив рассматривать ее в интеграции с политикой *flexicurity* (защищенной гибкости)<sup>20</sup>. Интеграция защищенной гибкости с механизмами поддерживаемой занятости предполагает, что меры поддержки должны создавать лицам с ограниченными возможностями условия гибкого доступа к занятости (с учетом их инвалидности), в то же время обеспечивая некоторую форму безопасности (безопасность дохода, безопасность занятости).

---

<sup>19</sup> Developmental Disabilities Act of 1984 P.L. 98–527 1 (1984).

<sup>20</sup> Supported Employment for People with Disabilities... P. 34–38.

Согласно концепции защищенной гибкости, определенной Европейским советом в 2007 году, меры, направленные на развитие внутренней гибкости трудовых отношений и различных форм мобильности работников, должны реализовываться каждой страной ЕС в балансе с безопасностью. Оптимальное сочетание гибкости и безопасности позволяет обеспечивать плавные переходы от статуса незанятого получателя социальной пенсии к работе и обратно; от работы в условиях защищенной занятости (закрытых мастерских) — к конкурентной занятости на открытом рынке труда (в том числе и посредством поддерживаемого трудоустройства)<sup>21</sup>. Следует отметить, что достижение оптимального сочетания гибкости и безопасности применительно к реализации занятости инвалидов, в особенности, тех, чья инвалидность обусловлена психическими расстройствами, представляет собой действительно сложную задачу.

Прежде всего, поскольку технология поддерживаемого трудоустройства была изначально разработана в американских условиях, она является продуктом неолиберальной модели социальной политики и в европейских странах адаптируется по-разному<sup>22</sup>. Копирование этой технологии в странах Европы может быть затруднено особенностями регулирования труда, концепции инвалидности, структуры пособий и других характеристик социальной политики. Как правило, требуется радикальная адаптация модели, а специалисты программ поддерживаемого трудоустройства должны быть подготовлены к точной ее реализации [Bond G., Drake R., Becker D., 2012: 35].

Статистика различных стран свидетельствует, что технология поддерживаемого трудоустройства наиболее успешно адаптируется к скандинавской социал-демократической модели социальной политики<sup>23</sup>. Кроме того, технология поддерживаемого трудоустройства лучше интегрируется там, где высокая или средняя гибкость сочетается с высокой степенью защищенности (скандинавская группа — Дания, Финляндия, Исландия, Норвегия, Швеция и Нидерланды). Среди всех скандинавских стран практика адаптации поддерживаемого трудоустройства показывает лучшие результаты в Норвегии и Швеции в связи с тем, что в этих странах наиболее развита социальная политика и стратегический подход к управлению занятостью предполагают институционализацию технологии и должное ее финансирование.

<sup>21</sup> Council of the European Union, Note from the Working Party on Social Questions: Towards Common Principles on Flexicurity. Draft Council Conclusions. Brussels, 23 November 2007.

<sup>22</sup> Исследование поддерживаемой занятости в 30 европейских странах, результаты которого опубликованы в 2011 г., показало, что термин «индивидуальное размещение и поддержка (IPS)» принимает много разных форм и значений в разных странах; результатом различных интерпретаций являются различные практики для доступа инвалидов к поддерживаемому трудоустройству. См.: Supported Employment for People with Disabilities... P. 7.

<sup>23</sup> Ibid. P. 45–203.

В европейских странах, где превалирует консервативная модель социальной политики, а низкая гибкость сочетается с высокой степенью защищенности (континентальная группа — Австрия, Германия, Бельгия, Франция, Лихтенштейн и Люксембург), адаптация поддерживаемого трудоустройства демонстрирует более скромные результаты (кроме Австрии, где имеются руководящие принципы и стандарты построения этой модели и предусматриваются рамки ее финансирования). В большинстве названных стран технология имеет статус пилотного проекта, а ее финансирование разрозненно.

Там, где высокая гибкость сочетается с низкой безопасностью (страны Балтии: Эстония, Литва и Латвия) или низкая (средняя) гибкость с низкой безопасностью (Кипр, Греция, Италия, Мальта, Португалия, Испания, Болгария, Чехия, Венгрия, Польша, Румыния, Словения и Словакия), адаптационный потенциал технологии поддерживаемого трудоустройства также встречается с трудностями институционализации и финансирования. Дополнительные трудности обусловлены также низкой адаптивностью рынков труда и сравнительно высоким уровнем безработицы<sup>24</sup>.

Исследования также выявляют влияние социально-экономического контекста на эффективность IPS и корреляцию между уровнем безработицы и возможностями трудоустройства лиц с психическими расстройствами [Burns T., Catty J., Becker T., 2007: 1146–1152]. Среди оптимальных мер обеспечения эффективности поддерживаемого трудоустройства на европейском пространстве зарекомендовали себя такие меры поддержки работодателя для сопровождения трудоустройства, как субсидирование заработной платы, финансовая поддержка адаптации, улучшение соответствия навыков инвалида и потребностей работодателя через информацию, посредничество, консультирование и руководство и через повышение квалификации.

Гораздо менее эффективны пассивные меры — например, квотирование, в основном из-за невыполнения работодателями квот. Защищенная и неоплачиваемая занятость не рассматриваются как поддерживаемое трудоустройство, поскольку не отвечают целям обеспечения занятости лица с ограниченными возможностями на открытом рынке труда в условиях конкурентной занятости. Также не рассматривается как часть технологии поддерживаемого трудоустройства субсидирование заработной платы без поддержки или тщательного индивидуального контроля.

Среди проблем интеграции поддерживаемого трудоустройства в европейскую практику называют сохранение в большинстве стран Европы приоритета медицинской модели инвалидности, хотя она не соответствует концепции инвалидности, предусмотренной Конвенцией ООН о правах инвалидов<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Ibid. P. 9.

<sup>25</sup> Такой вывод следует из руководства, которое Комитет ООН по правам инвалидов, связанный с Конвенцией о правах инвалидов, выпустил в отношении оценки инвалидности в своих За-

Адаптационная социальная модель — гораздо более органичная технология поддерживаемого трудоустройства, но она только начинает распространение на европейском пространстве.

Логичным условием реализации поддерживаемого трудоустройства также является необходимость преодоления стереотипов в мышлении работодателей, порождающих дискриминацию и стигматизацию лиц с психическими расстройствами. Множество исследований показывает, что стигматизация [Knaak S., Mantler E., Szeto A., 2017: 111–116]; [Link B., Phelan J., 2001: 363–385] и дискриминация создают существенные препятствия для полноценной профессиональной реабилитации инвалидов с тяжелыми психическими расстройствами [Stuart H., 2006: 522–526]; [Hipes C., Lucas J., Phelan J., 2016: 16–25].

Среди основных стереотипов, препятствующих трудоустройству лиц с психическими расстройствами в условиях конкурентной занятости на открытом рынке труда, в литературе называют мнения, что они опасны и непредсказуемы. Это способствует общественной реакции страха [Corrigan P., Rowan D., Green A., 2002: 293–309]. Примечательно, что страх и социальная дистанция усугубляются, когда биологические, а не социальные или экологические факторы считаются причиной психического заболевания [Dietrich S., Beck M., Vujantugs B., 2004: 354].

Кроме того, опасения работодателей в отношении применения труда лиц с психическими расстройствами могут касаться: качества выполнения работ, уровня компетентности и мотивации; возможных проблем личности, связанных с применением труда в коллективе (кратковременное пребывание в должности, прогулы, низкая гибкость, трудности с коммуникациями в трудовом коллективе, агрессивность к коллегам); административных проблем (чрезмерный уровень контроля над работником с психическим заболеванием, вероятность травм, трудности с выполнением указаний) [Krupa T., 2004: 8–15].

Между тем есть исследования, подтверждающие, что работники с психическими расстройствами уважительнее относятся к власти, исполнительны, дисциплинированы, имеют высокий уровень мотивации к работе, пунктуальнее остальных работников выполняют требования по безопасности труда, при правильной поддержке столь же производительны, как другие работники [Marrone J., Golowka E., 1999: 187–193]. Есть данные, что работодатели, которые уже применяли труд этой категории лиц, как правило,

---

ключительных замечаниях для государств-участников. Комитет экспертов рекомендует признать и учитывать социально-контекстную или правозащитную модели инвалидности в оценках. См.: Disability Assessment in European States: ANED Synthesis Report. Academic Network of European Disability Experts (ANED). 2018. Available at: URL: <https://www.disability-europe.net/> (дата обращения: 18.02.2019)

выражают большую готовность к их трудоустройству. В особенности если применение труда таких работников сопровождается подготовленным специалистом, помогающим определить варианты взаимодействия с работодателем, оптимальную нагрузку, режим труда и отдыха и пр. [Kirsh B., Krupa T., Cockburn L., 2006: 173–191]. Из этого следует, что одной из важнейших задач обеспечения занятости лиц, страдающих психическими расстройствами, является задача повышения информированности и грамотности в области психического здоровья среди работодателей.

### **3. Особенности российской социальной политики и законодательства о трудоустройстве лиц с психическими расстройствами**

Российской социальной политике присущи как черты социал-демократической, так и консервативной модели социальной политики, и в той или иной степени свойственны все указанные выше проблемы, связанные с трудоустройством лиц с психическими расстройствами. В России довольно широко предусмотрены правовые меры содействия занятости инвалидов, в том числе и тех из них, кто страдает психическими расстройствами<sup>26</sup>, однако эффективность этих мер невысока. Квотирование рабочих мест для инвалидов с психическими расстройствами в России, как и в странах Европы, не является мерой с доказанной эффективностью. Российская система квотирования выстроена по образцу систем квотирования стран консервативной модели социальной политики — Германии и Франции. Эта система предусматривает квоты и при их невыполнении — уплату штрафов в фонд поддержки занятости инвалидов.

Согласно исследованию реализации права на достойный труд лиц с ограниченными возможностями, опубликованному МОТ в 2008 году, создание системы квотирования было основано на предположении о низкой производительности труда инвалидов — отсюда принуждение работодателя к трудоустройству инвалидов, сопровождаемое санкциями за неисполнение нормативных предписаний. Отмечается, что ситуация в России ничем не отличается от ситуации в европейских странах: контингент трудоустроенных инвалидов ниже выделенных им квот на протяжении существования

---

<sup>26</sup> Федеральный закон от 24.11.1995 №181-ФЗ (ред. от 29.07.2018) «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4563; ст. 16 Закона от 2.07.1992 №3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» (ред. от 19.07.2018) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 33. Ст. 1913; Федеральный закон от 29.12.2017 № 476-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О занятости населения в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 1 (Часть I). Ст. 60.

системы квотирования, начиная с советских времен [Жаворонков Р.Н., 2014: 31–34].

Защищенная занятость как мера профессиональной реабилитации инвалидов с психическими расстройствами активно применяется в странах консервативной и либеральной скандинавской модели. В России защищенная занятость этой категории инвалидов имеет вид трудовой терапии в лечебно-производственных предприятиях<sup>27</sup> и работы на производствах, цехах или участках с облегченными условиями труда<sup>28</sup>. Несоответствие системы защищенной занятости социальной модели инвалидности обусловлена как серьезными юридико-техническими погрешностями нормативного регулирования, так и проблемами системного характера. Основной проблемой нормативного регулирования защищенной занятости следует назвать дискриминационный характер ряда правовых норм, определяющих порядок осуществления этой меры профессиональной реабилитации. С лицами, которым рекомендована трудотерапия, трудовой договор не заключается, поскольку трудотерапия рассматривается как медицинская услуга<sup>29</sup>. Зачастую этим же объясняют и необязательность оплаты производительного труда, выполняемого пациентом в процессе трудотерапии.

Такого рода погрешности в правовом регулировании усугубляются проблемами системного характера, еще более усложняющими применение трудотерапии. Созданная в СССР структура социально-трудовой реабилитации (лечебно-производственные мастерские, специальные цеха) практически прекратила существование [Руженская Е.В., 2016: 10–15]. В докладах о соблюдении прав лиц, страдающих психическими расстройствами, уполномоченные по правам человека в субъектах федерации отмечают грубейшие нарушения, связанные с применением трудотерапии в психоневрологических учреждениях, — труд пациентов не оплачивается, а использование бесплатной рабочей силы зачастую компенсирует нехватку младшего медицинского и вспомогательного персонала<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> П. 15 Постановления Правительства России от 25.05.1994 №522 (ред. от 24.11.2014) «О мерах по обеспечению психиатрической помощью и социальной защите лиц, страдающих психическими расстройствами» // СЗ РФ. 1994. № 6. Ст. 606.

<sup>28</sup> Постановление Главного государственного санитарного врача России от 18.05.2009 № 30 (ред. от 20.02.2018) «Об утверждении СП 2.2.9.2510-09» (вместе с «СП 2.2.9.2510-09. Гигиенические требования к условиям труда инвалидов. Санитарные правила») (Зарегистрировано в Минюсте России 09.06.2009 № 14036) // СПС Консультант Плюс.

<sup>29</sup> Приказом Минздрава России от 13.10.2017 № 804н (ред. от 12.07.2018) «Об утверждении номенклатуры медицинских услуг» // Официальный интернет-портал правовой информации. Available at: <http://www.pravo.gov.ru>, (дата обращения: 08.11.2018)

<sup>30</sup> См.: Защита прав граждан с нарушением психического здоровья. Результаты анализа ежегодных докладов за 2016–2017 годы, специальных докладов за 2015–2017 годы уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации, статистических данных сайтов органов

Другими нормами в отношении применения труда инвалидов, страдающих психическими заболеваниями, в специально созданных условиях на спецпредприятиях или на специально оборудованных рабочих местах устанавливаются ограничения, направленные на их *изоляция* от других работников. Так, по п. 6.3.5. санитарных правил 2.2.2510-09 «Гигиенические требования к условиям труда инвалидов» на предприятиях для таких работников оборудуются *отдельные от общих* столовые, буфеты, комнаты приема пищи. Пунктом 6.3.8.3. Правил определено, что помещения, мастерские или участки должны быть небольших размеров, что уменьшает *возможность контакта с окружающими*. Такого рода регулирование поддерживает изоляционную концепцию и способствует развитию негативных стереотипов, усугубляя стигматизацию лиц, страдающих психическими расстройствами.

Следует отметить, что в России созданы начальные правовые условия для применения наиболее отвечающей социальной концепции инвалидности меры профессиональной реабилитации инвалидов, страдающих психическими расстройствами, — *поддерживаемой занятости*. Как и в большинстве стран ЕС, поддерживаемая занятость в России до настоящего момента не была институализирована, ее применение не имело статуса национального проекта и не предполагало государственного финансирования. До внесения изменений в Закон о занятости населения 1.01. 2019 (далее — Закон о занятости) (ст. 13.1, 17.1, 24.1)<sup>31</sup>, предусматривающих дополнительные гарантии сопровождения при содействии занятости инвалидов, технология поддерживаемой занятости применялась в России в форме пилотного проекта в отдельных субъектах федерации с инициативным финансированием за счет зарубежных грантов<sup>32</sup>.

---

государственной власти. 2017. Available at: URL: [http://map.rightsrf.ru/Karta\\_Yadro/prav\\_z\\_karta/zakon/dokument\\_zakon/dokument\\_46/dokument\\_46web.pdf](http://map.rightsrf.ru/Karta_Yadro/prav_z_karta/zakon/dokument_zakon/dokument_46/dokument_46web.pdf) (дата обращения: 03.01.2019)

<sup>31</sup> Закон от 19.04.1991 № 1032-1 (ред. от 11.12.2018) «О занятости населения в Российской Федерации» // СЗ РФ. № 17. 1996. Ст. 1915; Федеральный закон от 29.12. 2017 № 476-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О занятости населения в Российской Федерации»» // СЗ РФ. 2018. № 1 (Часть I). Ст. 60.

<sup>32</sup> В 1998 г. в Санкт-Петербурге Финской Ассоциацией проблем нарушений развития и Санкт-Петербургской Ассоциацией общественных объединений родителей детей-инвалидов при участии Санкт-Петербургского научно-исследовательского института экспертизы трудоспособности и организации труда инвалидов был начат пилотный проект «Поддерживаемое трудоустройство». Проект имел успех, но после окончания его финансирования зарубежными донорскими организациями не имел продолжения. Available at: URL: [https://aupam.ru/pages/trudoustroistvo/novihe\\_pozmozht\\_trud\\_inva\\_rus/page\\_23.htm](https://aupam.ru/pages/trudoustroistvo/novihe_pozmozht_trud_inva_rus/page_23.htm) (дата обращения: 01.03.2019); апробация технологии поддерживаемого трудоустройства в Москве осуществлялась РООИ «Перспектива» в рамках проекта «Представление и апробация ведущего зарубежного опыта в области трудоустройства лиц с инвалидностью», реализованного при финансовой поддержке программы малых проектов Посольства Нидерландов (2008). Available at: URL: <https://perspektiva-inva.ru/userfiles/jobs/publication/podderzhivaemoe-trudoustroistvo-v-evropeisqikh-stranakh.pdf> (дата обращения: 01.03.2019)

Внесение в Закон о занятости норм, определяющих общие контуры «сопровождения при содействии занятости», представляет собой попытку институционализации этой передовой технологии профессиональной реабилитации инвалидов. В соответствии с ч. 3 ст. 13.1 Закона о занятости мероприятия сопровождения при содействии занятости инвалидов включаются в региональные программы содействия занятости населения; согласно ст. 24.1 организация сопровождения занятости возлагается на органы службы занятости.

Пока трудно с уверенностью говорить о перспективах развития поддерживаемой занятости, однако можно предположить невысокий потенциал предложенной российским законодателем конструкции в силу ряда ее недостатков. Во-первых, российский законодатель попытался институционализировать поддерживаемую занятость в усеченной форме — только в части сопровождения трудоустройства. Предполагается, что органы занятости должны оказывать незанятым инвалидам консультативную помощь, помощь в организации взаимодействия с работодателем а работодателям — методическую поддержку; поддержка занятости после трудоустройства не отнесена к их обязанностям (ст. 24.1 Закона о занятости).

Механизм поддержки после трудоустройства инвалида Законом о занятости предусмотрен в виде поддержки занятости непосредственно у работодателя силами наставника, определенного из числа трудящихся работников (ч. 7 ст. 13.1). Такая схема сомнительна хотя бы потому, что сопровождение занятости предполагает профессиональное участие специально обученного лица. Без этой составляющей сопровождение трудоустроенного работника наставником — работником предприятия — рискует превратиться в фикцию.

Между тем реабилитационный успех технологии (во всяком случае, что касается лиц с психическими расстройствами), по приведенным выше данным зависит в большей степени от дальнейшего сопровождения занятости, осуществляемого в течение при постоянной поддержке специалиста-консультанта. Такая поддержка необходима для оптимизации режимов труда и трудовой нагрузки с целью обеспечения необходимой производительности; для взаимодействия с органами медико-социальной экспертизы, опеки (если лицо признано недееспособным), лечебным учреждением и работодателем с целью учета индивидуальных особенностей лица при осуществлении трудовой функции и пр.

Во-вторых, как отмечалось выше, для поддерживаемой занятости в законодательстве ряда стран предусмотрены льготы работодателей, например, субсидирование заработной платы после трудоустройства инвалида, финансовая поддержка адаптации, транспортная поддержка и пр.<sup>33</sup> В Рос-

---

<sup>33</sup> Например, в Австрии работодатели, принимающие на работу лиц с ограниченными возможностями, имеют право на интеграционные субсидии. Первые три месяца субсидия покрывает

сии порядок дополнительных мер поддержки трудоустройства инвалидов нормативно определяется на уровне субъектов федерации. Распоряжением Правительства России от 10.05.2017 № 893-р утвержден План мероприятий по повышению уровня занятости инвалидов на 2017–2020 годы, предусматривающий расширение возможностей трудоустройства инвалидов и необходимость правовой регламентации мер, способствующих реализации сопровождаемого содействия занятости инвалидов. Ряд субъектов федерации уже предусмотрел в законодательстве такие меры поддержки работодателей, принимающих на работу инвалидов, как субсидирование затрат на оборудование рабочих мест инвалидов, частичное возмещение затрат на оплату труда трудоустроенных инвалидов и оплату труда наставников<sup>34</sup>.

Указанные меры поддержки достигают целей только если они интегрированы с технологией поддерживаемой занятости, т.е., субсидирование должно осуществляться адресно в отношении трудоустроенного инвалида в соответствии с программой его профессиональной реабилитации. В виде, в котором субсидирование закреплено в региональном законодательстве, использование этих мер может быть направлено на освоение работодателем средств финансирования без связи с трудовой деятельностью инвалида (установлены слишком непродолжительные периоды поддержки — 1–3 месяца, тогда как в европейских странах аналогичная поддержка может продолжаться до 5 лет; оплата труда наставников не связана с результатами наставничества и пр.). Поддержка занятости инвалидов с психическими

---

100% валовой заработной платы + 50% дополнительных расходов ( медицинское и пенсионное страхование и т.д.). Следующие девять месяцев покрытие субсидий — 50% валовой заработной платы и 25% дополнительных расходов. После этого первого года работодатель имеет право на постоянную (год от года) финансовую поддержку от администрации социального обеспечения для работников с ограниченными возможностями. Это покрывает дополнительные расходы по обстоятельствам, связанные с инвалидностью. Во Фландрии (Бельгия) схема субсидирования заработной платы покрывает 40% заработной платы в течение первого года, 30% в следующем году, и 20% в последующие годы. На Кипре размер субсидии на заработную плату зависит от трудоспособности инвалида. Если инвалид способен работать 20 часов в неделю, субсидия будет восполнять оплату за 37 часов. См.: Supported Employment for People with Disabilities...P. 45, 51.

<sup>34</sup> Например, постановлением Правительства Свердловской области от 31.05.2016 № 387-ПП «О специальных мероприятиях, способствующих повышению конкурентоспособности инвалидов на рынке труда Свердловской области» предусмотрены субсидии: на рабочее место — в размере не более 50 тыс. руб. за одно рабочее место; на выплату заработной — в размере, не превышающем минимальный размер заработной платы, установленный в области; на оплату труда наставников — в размере не более 1/2 установленного в области размера минимальной заработной платы, при этом период возмещения затрат на оплату труда наставников — не более двух месяцев. В Челябинской области порядок субсидирования утвержден Постановлением областного Правительства «Об утверждении порядка предоставления субсидий, предусмотренных постановлением Правительства Челябинской области от 19.11.2014 г. № 596-П от 08.02.2018 г. № 41-П. Субсидия на зарплату при трудоустройстве инвалидов и на зарплату наставников установлены в размере до 13 775 руб. в месяц на человека, но не более чем на 3 месяца.

расстройствами и признанных судом недееспособными, осложняется еще тем, что существенная стигматизация<sup>35</sup> инвалидности в связи с психическим расстройством усугубляется стигмой недееспособности.

Отсутствие в российском трудовом законодательстве самостоятельного института правосубъектности работника и норм, определяющих особенности применения труда лиц, признанных судом недееспособными, но сохраняющих трудоспособность и нуждающихся в профессиональной реабилитации, ставят перед работодателем, желающим трудоустроить такое лицо, крайне трудную задачу: пробел в законодательстве создает правовую неопределенность, преодолеть которую работодатель не сможет. Как известно, в ТК РФ не предусмотрено участие опекуна в процессе заключения, изменения и расторжения трудового договора с недееспособным работником и не определены особенности применения мер дисциплинарной и материальной ответственности к недееспособному работнику и возможное участие в этом опекуна недееспособного лица. Пробел способствует дискриминации недееспособных лиц, сохраняющих трудоспособность, и существенно снижает возможности адаптации технологии поддерживаемой занятости для инвалидов с тяжелыми психическими расстройствами, делая для них конкурентное трудоустройство на открытом рынке труда практически недоступным.

## **Заключение**

Изменение концепции инвалидности ставит под вопрос существование консервативных правовых институтов и способов правового регулирования, способствующих непропорциональному ограничению прав лиц, страдающих психическими расстройствами. Трудовое законодательство должно соответствовать общему контексту развития концепции прав человека. Российские правовые условия способствуют существенному усилению стигматизации лиц с психическими расстройствами и признанных судом недееспособными. В дополнение к стереотипам, с которыми сталкиваются человек с соответствующим диагнозом, маркер недееспособности создает существенное препятствие к его трудоустройству. Отсутствие в российском трудовом законодательстве норм о право- и дееспособности создает дополнительное условие дискриминации лиц, сохраняющих трудоспособность, но лишенных гражданской дееспособности. Из-за не-

---

<sup>35</sup> Стигма — социальный процесс маркировки, инакомыслия, девальвации и дискриминации, включающий взаимосвязь когнитивного, эмоционального и поведенческого компонентов. Стигматизация происходит на нескольких уровнях одновременно — внутриличностном (например, самостигма), межличностном (например, отношения с другими) и структурном (например, дискриминационные и / или исключаяющие политики, законы и системы).

достатков юридических конструкций трудоустройство таких лиц остается маловероятным. Это противоречит современному видению прав человека и не соответствует современной концепции инвалидности. Изоляционная направленность российского трудового и социально-обеспечительного законодательства в отношении правового положения лиц с тяжелыми психическими расстройствами препятствует адаптации наиболее прогрессивной и обладающей доказанным реабилитационным потенциалом формы профессиональной реабилитации этой категории инвалидов.



## Библиография

- Аргунова Ю.Н. Судебная практика признания гражданина недееспособным // Независимый психиатрический журнал. 2009. № 4. С. 56–61.
- Архипов С.И. Субъект права: теоретическое исследование. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 469 с.
- Бартенев Д.Г. Реализация международных стандартов в сфере недееспособности и опеки в странах Восточной Европы // Независимый психиатрический журнал. 2009. № 4. С. 61–64.
- Бондаренко Э.Н. Особенности трудовой правосубъектности работников с психическими заболеваниями // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2017. № 10. С. 124–127.
- Гашкин А.А. Правовое положение лиц, страдающих психическими заболеваниями, в сфере трудового права // Трудовое право. 2009. N 7. С. 102–104.
- Жаворонков Р.Н. Проблемы правового регулирования квотирования рабочих мест для инвалидов // Вестник ОмЮА. 2014. N 2. С. 31–34.
- Зайцева О.Б. Трудовая правосубъектность как юридическая категория и её значение в правовом регулировании трудовых отношений: дис. ... д. ю.н. М., 2008. 247 с.
- Королева Е.В. Современные методологические аспекты экспертизы неспособностей // Общественное психическое здоровье: настоящее и будущее. Сборник материалов VI конгресса по социальной психиатрии и наркологии (Уфа, 2016 г.). М.: Минздрав, 2016. С. 177.
- Корзун Д.Н., Ткаченко А.А. Модели судебно-психиатрической экспертной оценки // Обзорение психиатрии и медицинской психологии. 2013. № 1. С. 44–48.
- Козюк В.В., Длугопольский А.В. Подходы к формированию государства всеобщего благосостояния: от количественных методов к качественным // Экономическая теория в XXI веке: поиск механизмов хозяйствования: материалы конференции. Полцк: ПГУ, 2014. Ч. 2. С. 7–10.
- Кораблина О.В. Соотношение трудовой и гражданской правосубъектности как правовых категорий // Гуманитарные исследования. 2013. №2. С. 130–136.
- Левина Н.Б., Любов Е.Б., Русакова Г.А. Труд и тяжелое психическое расстройство: проблемы и решения. Часть 1 // Социальная и клиническая психиатрия. 2010. Т. 20. № 1. С. 91–99.
- Носатовский И.А., Рогачева Т.А. Об особенностях парадигм «лечения» и «реабилитации» // Общественное психическое здоровье: настоящее и будущее. Сборник материалов VI конгресса... М.: Минздрав, 2016. С. 237.

Носачев Г.Н. Роль и место нарушения сознания в экспертизе сделкоспособности // *Общественное психическое здоровье: настоящее и будущее. Сборник материалов VI конгресса...* М.: Минздрав, 2016. С. 238.

Пазына Е.О. Правовые основы трудовой реабилитации и трудоустройства лиц с нарушением психического здоровья в Европейском союзе // *Международное публичное и частное право*. 2018. № 6. С. 3–6.

Парягина О.А. Лица с психическими расстройствами как субъекты трудового договора // *Сибирский юридический вестник*. 2017. № 2. С. 48–55.

Петурова Н.Н. Реформа законодательного регулирования защиты прав совершеннолетних лиц в Швейцарии // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2017. № 3. С. 63–70.

Руженская Е.В. Современные подходы к организации социореабилитации лиц с психическими расстройствами // *Вестник Ивановской медицинской академии*. 2016. № 2. С. 10–15.

Серова О.А. Ограничение дееспособности (вменяемости) лиц, страдающих психическими расстройствами: отсутствие системности норм в российском праве // *Учен. зап. Казан. ун-та. Гуманит. науки*. 2016. Кн. 2. С. 436–442.

Смирнов О.В. *Природа и сущность права на труд в СССР*. М.: Юрид. лит., 1964. 210 с.

Синицын В.Г. К вопросу о невменяемости, недееспособности, ограниченной дееспособности // *Учен. зап. Казан. ун-та. Гуманит. науки*. 2013. № 4. С. 218–226.

Anthony W., Blanch A. Supported Employment for Persons Who are Psychiatrically Disabled: An Historical and Conceptual Perspective. *Psychosocial Rehabilitation Journal*, 1987, no 2, pp. 6–23.

Bond G., Becker D., Drake R. et al. Implementing supported employment as an evidence-based practice. *Psychiatric Services*, 2001, vol. 52, pp. 313–322.

Bond G., Drake R., Becker D. (2012) Применимость разработанной в США модели индивидуального трудоустройства и поддержки занятости в других странах. *Всемирная Психиатрия. Журнал Всемирной психиатрической ассоциации*, no 1, с. 35–43.

Burns T., Catty J., Becker T. The Effectiveness of Supported Employment for People with Severe Mental Illness: a Randomised Controlled Trial. *The Lancet*, 2007, vol. 370, pp. 1146–1152.

Corrigan P., Rowan D., Green A. Challenging two Mental Illness Stigmas: Personal Responsibility and Dangerousness. *Schizophrenia Bulletin*, 2002, no 2, pp. 293–309.

Corrigan P., Wassel A. Understanding and influencing the stigma of mental illness. *Journal of Psychosocial Nursing*, 2008, no 1, pp. 42–48.

Dietrich S., Beck M., Bujantugs B. The relationship between public causal beliefs and social distance toward mentally ill people. *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 2004, no 5, pp. 348–354.

Drake R. et al. A randomized controlled trial of supported employment for inner-city patients with severe mental illness. *Archives of General Psychiatry*, 1999, vol. 56, pp. 627–633.

Esping-Andersen G. *Three Worlds of Welfare Capitalism*. Oxford: Oxford Polity Press, 1990, 260 p.

Hipes C., Lucas J., Phelan J. The Stigma of Mental Illness in the Labor Market. *Social Science Research*, 2016, vol. 56, pp. 16–25.

Khalema N., Shankar J. Perspectives on Employment Integration, Mental Illness and Disability and Workplace Health. *Advances in Public Health*, 2014, vol. 1, pp. 1–7.

Krupa T. Employment, recovery, and schizophrenia: integrating health and disorder at work. *Psychiatric Rehabilitation Journal*, 2004, no 1, pp. 8–15.

Kirsh B., Krupa T., Cockburn L. Work Initiatives for Persons with Severe Mental Illnesses in Canada: a Decade of Development. *Canadian Journal of Community Mental Health*, 2006, no 2, pp. 173–191.

Knapp M., Patel A., Curran C. Supported employment: cost-effectiveness across six European sites. *World Psychiatry*, 2013, no 1, pp. 203–214.

Knaak S., Mantler E., Szeto A. Mental Illness-related Stigma in Healthcare: Barriers to Access and Care and Evidence-based Solutions. *Healthcare Management Forum*, 2017, no 2, pp. 111–116.

Link B., Phelan J. Conceptualizing Stigma. *Annual Review of Sociology*, 2001, no 6, pp. 363–385.

Mechanic D., Blider S., McAlpine D. Employing Persons with Serious Mental Illness. *Health Affairs*, 2002, no 5, pp. 242–253.

Marrone J., Golowka E. If Work Makes People with Mental Illness Sick, What do Unemployment, Poverty, and Social Isolation Cause? *Psychiatric Rehabilitation Journal*, 1999, no 2, pp. 187–193.

Stuart H. Mental Illness and Employment Discrimination. *Current Opinion in Psychiatry*, 2006, no 5, pp. 522–526.

Tapia F., Castro W. Employability Strategies in Population with Mental Disabilities: A Review. *Salud Mental*, 2013, vol. 36, pp. 143–148.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 3

### Forms of Employment of an Incompetent Employee



**Larisa V. Zaytseva**

Department of Labor Law and Entrepreneurship, Tyumen State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 38 Lenin Str., Tyumen 625400, Russian Federation. E-mail: l.v.zjceva@utmn.ru



**Oksana A. Kursova**

Assistant Professor, Department of Labor Law and Entrepreneurship, Tyumen State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 38 Lenin Str., Tyumen 625400, Russian Federation. E-mail: o.a.kursova@utmn.ru



#### Abstract

The transition from a medical model of disability to a social rights-based model is becoming a global trend of normative regulation. Updating the concept of human rights initiates a change in the perception of the legal status of persons suffering from mental disorders — traditional isolation paradigm underlying legal regulation should be replaced by an approach based on their holistic rehabilitation, including their professional one. Shortcomings in the implementation of institutional norms of the incapacity lead to disproportionate restrictions on the labor rights of persons in need of legal protection, then labor-law regulation is designed to ensure such persons full socialization and

protection from discrimination. This makes it possible to put forward a thesis on the independence of the labor and legal personality of persons recognized as incapable of their civil legal personality. The theory of the employment legal personality independence of a person recognized as incapable by the court in conjunction with the adaptation model of disability raises issue of the rehabilitation possibilities by various forms of employment for people suffering from severe mental disorders. The paper analyzes the features, related to the application of various forms of employment for such persons, in context of neoliberal, conservative and social-democratic models of social policy. Comparison of country data and the results of research conducted in the US, Canada and Europe show the best rehabilitation potential compared to all other measures is supported by employment technology. In addition, this technology is fully consistent with modern social concept of disability. A study of innovations related to the introduction of the accompanying employment institution for persons with disabilities showed that the potential of this technology was not fully utilized by the Russian legislator. Main methods of the study were a systematic and comprehensive analysis of regulatory legal acts of Russia, as well as foreign countries and international organizations; comparative method; expert assessment method. The findings of the study are both theoretical and practical in nature, and suggest some areas for improving Russian labor legislation on participation in labor relations of persons recognized by the court to be incompetent in the prescribed manner.



### Abstract

subjects of labor law, labor legal personality, labor legal capacity, incompetent citizen, social concept of disability, supported employment.

**For citation:** Zaytseva L.V., Kursova O.A. (2019) Forms of Employment of an Incompetent Employee. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 26–51 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.26.51



### References

Argunova Yu.N. (2009) Legal Practice of Recognizing a Person Incapable. *Nezavisimyy psikiatricheskiy zhurnal*, no 4, pp. 56–61 (in Russian)

Arkhipov S.I. (2004) *Subject of Law: Theoretical Research*. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, 469 p. (in Russian)

Anthony W., Blanch A. (1987) Supported Employment for Persons who are Psychiatrically Disabled: A Historical and Conceptual Perspective. *Psychosocial Rehabilitation Journal*, no 2, pp. 6–23.

Bartenev D.G. (2009) Implementing International Standards in the Sphere of Incapability and Custody in Eastern Europe. *Nezavisimyy psikiatricheskiy zhurnal*, no 4, pp. 61–64 (in Russian)

Bedell J. (ed.). *Psychological Assessment and Treatment of Persons with Severe Mental Disorders*. Washington: Taylor and Francis, pp. 151–175.

Bond G., Becker D., Drake R. et al. (2001). Implementing Supported Employment as Evidence-based Practice. *Psychiatric Services*, vol. 52, pp. 313–322 .

Bond G., Drake R., Becker D. (2012) American Model of Individual Employing is Implementing Abroad. *Vsemirnaya psyhiatria*, no 1, pp. 35–43 (in Russian)

- Bondarenko E.N. (2017) Subject of Law for Employees with Psychiatric Diseases. *Vestnik Universiteta O.E. Kutafina*, no 10, pp. 124–127 (in Russian)
- Burns T., Catty J., Becker T. (2007). Effectiveness of Supported Employment for People with Severe Mental Illness. *Lancet*, vol. 370, p. 1146–1152.
- Corrigan P., Rowan D., Green A. (2002) Challenging Two Mental Illness Stigmas: Personal Responsibility and Dangerousness. *Schizophrenia Bulletin*, no 2, pp. 293–309.
- Corrigan P., Wassel A. (2008) Understanding and Influencing the Stigma of Mental Illness. *Journal of Psychosocial Nursing*, no 1, pp. 42–48.
- Dietrich S., Beck M., Bujantugs B. (2004) The Relationship between Public Causal Beliefs and Social Distance Toward Mentally Ill People. *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, no 5, pp. 348–354.
- Drake R. et al. (1999) A Randomized Controlled Trial of Supported Employment for Inner-city Patients with Severe Mental Illness. *Archives of General Psychiatry*, vol. 56, pp. 627–633.
- Esping-Andersen G. (1990) *Three World of Welfare Capitalism*. Oxford: Polity Press, 260 p.
- Gashkin A.A. (2009) Legal Regulation of Persons Suffering from Psychiatric Diseases. *Trudovoe pravo*, no 7, pp. 102–104 (in Russian)
- Khalema N., Shankar J. (2014) Perspectives on Employment Integration, Mental Illness and Disability and Workplace Health. *Advances in Public Health*, vol. 1, pp. 1–7.
- Kirsh B., Krupa T., Cockburn L. (2006) Work Initiatives for Persons with Severe Mental Illnesses in Canada. *Canadian Journal of Community Mental Health*, no 2, pp. 173–191.
- Knaak S., Mantler E., Szeto A. (2017) Mental Illness-related Stigma in Healthcare: Barriers to Access and Care and Evidence-based Solutions. *Healthcare Management Forum*, no 2, pp. 111–116.
- Knapp M., Patel A., Curran C. (2013) Supported Employment: Cost-Effectiveness across six European Sites. *World Psychiatry*, no 1, pp. 203–214.
- Koroleva E.V. (2016) *Modern Methodological Aspects of Examining Incapability*. Moscow: Minzdrav Press, p. 177 (in Russian)
- Korzun D.N., Tkachenko A.A. (2013) Models of Psychiatric Expert Assessment. *Obozrenie psikhiiatrii i meditsinskoy psikhologii*, no 1, pp. 44–48 (in Russian)
- Kozyuk V.V., Dlugopol'skiy A.V. (2014) *Approaches to Shaping Welfare Society*. Polotsk: University Press, pp. 7–10 (in Russian)
- Korablina O.V. (2013) Balance between Labour and Civil Legal Capability. *Gumanitarnye issledovaniya*, no 2, pp. 130–136 (in Russian)
- Krupa T. (2004) Employment, Recovery, and Schizophrenia. *Psychiatric Rehabilitation Journal Summer*, no 1, pp. 8–15.
- Levina N.B., Lyubov E.B., Rusakova G.A. (2010) Labour and Heavy Psychiatric Disorder: Problems and Solutions. *Sotsial'naya i klinicheskaya psikhiiatriya*, no 1, pp. 91–99 (in Russian)
- Link B., Phelan J. (2001) Conceptualizing Stigma. *Annual Review of Sociology*, no 6, pp. 363–385.
- Mechanic D., Blider S., McAlpine D. (2002) Employing Persons with Serious Mental Illness. *Health Affairs*, no 5, pp. 242–253.
- Marrone J., Golowka E. (1999) If Work Makes People with Mental Illness Sick, What do Unemployment, Poverty, and Social Isolation Cause? *Psychiatric Rehabilitation Journal*, no 2, pp. 187–193.

- Nosatovskiy I.A., Rogacheva T.A. (2016) Re the Paradigms of Treatment and Rehabilitation. *Obshestvennoye zdorovie: papers of a conference*. Moscow: Minzdrav, p. 237 (in Russian)
- Nosachev G.N. (2016) Role and Place of Impairment of Consciousness in Examining Capacity of Contract. *Obshestvennoye zdorovie: papers of a conference*. Moscow: Minzdrav, p. 238 (in Russian)
- Pazyna E.O. (2018) Legal Fundamentals of Labour Rehabilitation in the EU. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 6, pp. 3–6 (in Russian)
- Paryagina O.A. (2017) Persons with Psychiatric Disorders and Labour Agreement. *Sibirskiy yuridicheskiy vestnik*, no 2, pp. 48–55 (in Russian)
- Peturova N.N. (2017) Reform of Protecting the Rights of the Minors in Switzerland. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 3, pp. 63–70 (in Russian)
- Ruzhenskaya E.V. (2016) Modern Approaches to Arranging Social Rehabilitation for Persons with Psychiatric disorders. *Vestnik Ivanovskoy meditsinskoy akademii*, no 2, pp. 10–15 (in Russian)
- Serova O.A. (2016) Reducing Capability for People Suffering from Psychiatric Disorders]. *Uchenye zapiski Kazanskogo universiteta*, no 2, pp. 436–442 (in Russian)
- Sinitsyn V.G. (2013) Re Incapability and Limited Capability. *Uchenye zapiski Kazanskogo universiteta*, no 4, pp. 218–226 (in Russian)
- Smirnov O.V. (1964) *Essence of the Right to Law in the USSR*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 210 p. (in Russian)
- Stuart H. (2006) Mental Illness and Employment Discrimination. *Current Opinion in Psychiatry*, no 5, pp. 522–526.
- Tapia F., Castro W. (2013) Employability Strategies in Population with Mental Disabilities: A Review. *Salud Mental*, vol. 36, pp. 143–148.
- Zhavoronkov R.N. (2014) Issues of Legal Regulation for Quoting Jobs for the Disabled. *Vestnik Omskoi Yuridicheskoi akademii*, no 2, pp. 31–34 (in Russian)

# Понятие сексуального домогательства (харассмента) и механизмы противодействия ему в трудовом праве России

---

---



**М.М. Харитонов**

профессор кафедры гражданского права и процесса юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), кандидат юридических наук. Адрес: 190121, Российская Федерация, Санкт-Петербург, ул. Союза Печатников, 16. E-mail: m\_kharitonov@mail.ru; mkharitonov@hse.ru

---



## Аннотация

Статья посвящена определению понятия «сексуальное домогательство» и оценке механизмов противодействия этому явлению в трудовых отношениях. Необходимость таких механизмов обусловлена тем, что в трудовых отношениях их инфраструктура по своей природе благоприятствует домогательству, так как жертва, как правило, находится в служебной и (или) «пространственно-временной» зависимости от нарушителя. Служебная зависимость обусловлена либо прямым административным подчинением жертвы источнику харассмента, либо тем, что он может повлиять на ее карьеру и иные блага, связанные с работой. «Пространственно-временная» зависимость обусловлена тем, что жертва не может избежать контакта с источником харассмента, изменив свое местонахождение или время нахождения, поскольку в силу своих трудовых обязанностей она должна находиться в данном месте в данное время. Автором рассмотрены определения поведения домогательства и предложены четыре типа возможных форм проявления домогательств: *нападение, принуждение, использование и демонстрация*; рассмотрена обобщенная практика США по квалификации поведения как харассмента и проанализированы нормы российского права с точки зрения адекватности средств противодействия этой угрозе. Установлено, что действующее уголовное, гражданское, административное и трудовое законодательство не содержит эффективных методов защиты от большинства форм домогательств. Предложены стимулы нормативного характера для более активного вовлечения работодателя в противодействие харассменту в рамках трудовых отношений (например, возможность отстранить нарушителя от работы, перевести его на другую работу, уволить за домогательство как грубый дисциплинарный проступок) и нормативные механизмы защиты жертвы харассмента с помощью средств трудового права: обязанность работодателя предоставить отпуск по заявлению жертвы, перевод ее на другую работу; право жертвы домогательства не являться на работу с сохранением среднего заработка за время отсутствия, если работодатель не принимает мер для защиты жертвы от домогательств.

---



## Ключевые слова

права человека, гендерное право, харассмент, сексуальное домогательство, защита достоинства работника, дискриминация, охрана труда, самозащита трудовых прав

---

---

**Благодарности:** статья подготовлена в рамках исследования №18-IP-02, поддержанного НИУ ВШЭ (Санкт-Петербург).

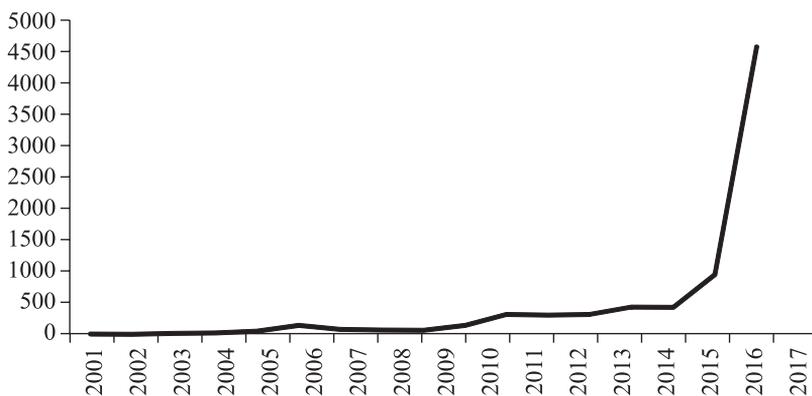
**Для цитирования:** Харитонов М.М. Понятие сексуального харассмента (домогательства) и механизмы противодействия ему в трудовом праве России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 52–75.

УДК: 349.2

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.52.75

## Введение

В последние несколько лет в отечественных СМИ наблюдается всплеск материалов о харассменте. Если в 2001 г. о нем было всего две публикации, то в 2016 г. — 950<sup>1</sup>, а в 2017 г. — 4581. К апрелю 2018 г. число подобных публикаций достигло 2679, что почти в 9 раз больше, чем в аналогичном периоде 2017 г. Общая их динамика показана на графике ниже:



Интенсивность публикаций материалов о харассменте в российских СМИ

Очевидно, что такие данные не свидетельствуют, что проявлений харассмента (сексуального домогательства)<sup>2</sup> ранее было очень мало и внезапно стало очень много. Но они однозначно показывают, что проблема харассмента перешла из периферии в центр публичного внимания. Общество стало гораздо менее толерантным к этому явлению, и то, что раньше воспринималось как условно терпимое (хотя и неодобряемое) поведение или

<sup>1</sup> Информация о количестве публикаций о харассменте в российских СМИ из доклада «Харассмент: новая тема в российской повестке» от 3.05.2018 Фонда «Петербургская политика». URL: <https://fpp.spb.ru/harassment#sdfootnote5sym> (дата обращения: 31-07-2018)

<sup>2</sup> Харассмент как агрессивное поведение (травля) не обязательно имеет сексуальный подтекст. Однако в данной статье мы будем рассматривать только те разновидности харассмента, которые представляют собой сексуальное домогательство.

малозначимое нарушение, теперь все чаще рассматривается как девиация, требующая серьезных мер реагирования.

Соответственно, домогательство и возможные формы реакции на него требуют анализа со стороны социальных наук, в том числе юриспруденции. Необходимо отметить, что за рубежом подобные исследования начались уже довольно давно — как минимум, не позднее 1980-х гг. [Schneider K., Swan S., Fitzgerald L., 1997: 401].

Хотя харассмент может проявляться в рамках различных типов социального взаимодействия (служебного, семейного, образовательного и пр.) и даже вне какого-либо взаимодействия до самого акта домогательства (так называемый уличный харассмент), в этой статье мы рассмотрим домогательство в рамках трудовых отношений. Этот выбор обусловлен следующими причинами:

В трудовых отношениях их инфраструктура по своей природе благоприятствует домогательству, так как жертва, как правило, находится в служебной и (или) «пространственно-временной» зависимости от нарушителя. Служебная зависимость обусловлена либо прямым административным подчинением жертвы источнику харассмента, либо тем, что он может повлиять на ее карьеру и иные блага, связанные с работой. «Пространственно-временная» зависимость обусловлена тем, что жертва не может эффективно избежать контакта с источником харассмента, изменив свое местонахождение или время нахождения в определенном месте, поскольку в силу своих трудовых обязанностей она должна находиться в конкретном месте в конкретное время.

Харассмент в трудовых отношениях обладает высокой общественной опасностью, поскольку его жертвами являются не только те лица, которые выступают в роли непосредственных объектов домогательств, но и иные лица, а в конечном счете — общество в целом. В частности, харассмент приводит к искажениям на рынке труда и нерыночному распределению трудовых ресурсов и иным неблагоприятным воздействиям на предприятия и экономику<sup>3</sup>.

## **1. Общее определение сексуального домогательства**

Основная сложность в юридическом анализе харассмента заключается в затруднительности (если не невозможности) дать ему четкое законченное

---

<sup>3</sup> Подробнее см. раздел 2.2. главы 2 Доклада V (1) Международного бюро труда «Положить конец насилию и домогательствам в отношении женщин и мужчин в сфере труда» (далее — Доклад МБТ). 2018. Available at: URL: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_554099.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_554099.pdf) (дата обращения: 31-07-2018)

определение. Как отмечает Д.В. Черняева, русскоязычная терминология в сфере преследований и сексуальных домогательств только начинает зарождаться и пока не отличается ни последовательностью, ни единообразием, ни общепризнанностью [Chernyaeva D.V., 2013: 5–6]. На конвенциональном уровне Организации Объединенных Наций и Международной организации труда определения харассмента в настоящее время тоже не существует.

В бюллетене Генерального секретаря ООН «Запрет дискриминации, домогательств, включая сексуальные домогательства, и злоупотреблений властью» от 11.02.2008, опубликованном в целях регулирования трудовой деятельности сотрудников Секретариата ООН, домогательство определяется как «любое ненадлежащее и нежелательное поведение, которое можно обоснованно ожидать или которое может быть воспринято как оскорбление или унижение другого лица; домогательства могут принимать форму слов, жестов или действий, которое имеют тенденцию раздражать, тревожить, оскорблять, унижать, запугивать, умалять, унижать или смущать другого или которые создают запугивающую, враждебную или оскорбительную рабочую среду». Сексуальное домогательство определяется как «любое нежелательное сексуальное домогательство, требования сексуальной благосклонности, вербальное или физическое поведение или жест сексуального характера, или любое другое поведение сексуального характера, которое может разумно ожидаться или восприниматься как оскорбительное или унижающее, когда такое поведение мешает работе, является условием трудоустройства или создает угрожающую, враждебную или оскорбительную рабочую среду»<sup>4</sup>.

В совместной публикации Бюро ООН по вопросам этики и Управления людских ресурсов ООН «Этика в нашей работе» (январь 2017 г.)<sup>5</sup> указано, что сексуальным домогательством считаются «любые неуместные непристойные предложения сексуального характера, запросы сексуальных услуг и прочие виды поведения сексуального характера, которые обоснованно могут считаться оскорбительными или унижительными для другого лица».

В Директиве Европейского парламента и Совета Европейского союза 2006/54/ЕС от 5.07. 2006<sup>6</sup> об имплементации принципа равных возможностей и равного обращения для мужчин и женщин в вопросах занятости и доступа к работе указано, что в целях данной Директивы понятие «сексу-

<sup>4</sup> Available at: URL: <https://undocs.org/en/ST/SGB/2008/5> (дата обращения: 31.07.2018)

<sup>5</sup> Available at: URL: [http://www.un.org/ru/ethics/pdf/leadership\\_guide\\_ru.pdf](http://www.un.org/ru/ethics/pdf/leadership_guide_ru.pdf) (дата обращения: 31.07.2018)

<sup>6</sup> Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) // СПС Гарант.

альное домогательство» используется для описания ситуаций, в которых имеет место любая форма нежелательного вербального, невербального или физического поведения сексуального характера, имеющего своей целью или результатом оскорбление достоинства лица, в частности, посредством создания угрожающей, враждебной, ущемляющей человеческое достоинство, унижительной или оскорбительной среды (п. d ч. 1 ст. 2).

Согласно статье II.-2:102 Модельных правил европейского частного права (2009)<sup>7</sup>, «домогательство означает недозволенное поведение (включая поведение сексуального характера), которое ущемляет человеческое достоинство, когда такое поведение создает или направлено на создание атмосферы страха, вражды, уничтожения или оскорбления»<sup>8</sup>.

С.В. Векленко и А.В. Стулов указывают, что «с точки зрения русского языка сексуальные домогательства — это назойливые, надоедливые действия, направленные на реализацию целей, связанных с настойчивым, упорным стремлением добиться желаемого в сфере удовлетворения своих половых потребностей. Из этого определения можно сделать вывод, что признаками сексуальных домогательств являются: неоднократность совершения таких действий; негативное отношение объекта указанного стремления к этим действиям» [Векленко С.В., Стулов А.В. 2019: 14].

Приведенные определения показывают, насколько трудно сформулировать понятие сексуального домогательства однозначным и исчерпывающим образом. При максимально возможной редукции всех предложенных вариантов харассмент может определяться как любая форма откровенно сексуального поведения, нежелательного и оскорбительного жертве и необусловленного формальной моделью отношения, в котором находятся жертва и преследователь. По сути это определение «подобного через подобное». Если установление того, предполагает ли изначально формальная модель взаимодействия между «жертвой» и «преследователем» в конкретной ситуации действия сексуального характера (например, съемки порнографического фильма) не вызывает больших затруднений, то интерпретация самого акта поведения как «сексуального», «оскорбительного» и «нежелательного» значительно труднее.

Это совершенно естественная ситуация. С точки зрения социального взаимодействия, домогательство — как и любой акт поведения — является разновидностью *высказывания*. Форма и действительное содержание конкретного высказывания могут не совпадать между собой, поскольку истинный

---

<sup>7</sup> Подготовлены представителями академических кругов государств-членов ЕС — исследовательской группой по европейскому Гражданскому кодексу и исследовательской группой по частному праву ЕС в Мюнхене.

<sup>8</sup> См.: Модельные правила европейского частного права. М., 2013.

смысл конкретного высказывания всегда зависит как от общекультурного, так и индивидуального контекста<sup>9</sup>. В рамках нашей страны эта проблема усугубляется наличием элементов архаики, неотделенности семейного и сексуального в трудовых отношениях [Стучевская О.И., 2008: 49].

Кроме того, как отмечается в литературе, полное отсутствие знаков внимания при межличностной коммуникации (так называемые нулевые строуксы) может быть даже менее предпочтительным, чем отрицательно воспринимаемые знаки внимания [Осипова О.С., 2012: 30]. Это порождает проблему отделения форм «ухаживания», которые должны быть запрещены законом как харассмент, от других форм порицаемого поведения такого рода.

Необходимо отметить, что 21.06.2019 принята Конвенция МОТ № 190 «Об искоренении насилия и домогательств в сфере труда»<sup>10</sup>, однако и она не внесла ясности в данный вопрос, указав лишь, что для ее целей «термин «насилие и домогательства» в сфере труда обозначает ряд неприемлемых форм поведения и практики или угрозы таковых — будь то единичный или повторный случай, — целью, результатом или возможным следствием которых является причинение физического, психологического, сексуального или экономического вреда, включая гендерное насилие и домогательства, а термин «гендерное насилие и домогательства» означает насилие и домогательства, направленные на лиц по причине их половой или гендерной принадлежности, или которые несоразмерно воздействуют на лиц конкретного пола или конкретной гендерной принадлежности и включают сексуальные домогательства» (п. 1 ст. 1).

## **2. Формы сексуального домогательства**

Перечень форм поведения, которые могут быть квалифицированы как сексуальное домогательство, крайне обширен. Возможность сформулировать его как закрытый крайне маловероятна. Так, например, Комиссия Австралии по правам человека указывает, что формы сексуальных домогательств могут включать в себя: нежелательные прикосновения, объятия или поцелуи; рассматривание или оглядывание; наводящие комментарии или шутки; сексуально откровенные картинки, заставки или постеры; нежелательные приглашения пойти на свидание или заняться сексом; навязчивые

---

<sup>9</sup> Подробнее о роли и значении психического отношения вовлеченных лиц к ситуации в вопросе о квалификации ее как домогательства см. [Wall E., 1991: 371–385].

<sup>10</sup> Available at: URL: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_712057.pdf?fbclid=IwAR0lbZkrPLuWkhdWrXuVNVLuRjpawR9BXUj5XBaP XzB0IreHgUCdmtWKm8k](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_712057.pdf?fbclid=IwAR0lbZkrPLuWkhdWrXuVNVLuRjpawR9BXUj5XBaP XzB0IreHgUCdmtWKm8k) (дата обращения: 07.08.2019)

вопросы о личной жизни или теле сотрудника; нежелательное знакомство; оскорбления или насмешки в зависимости от половой принадлежности; сексуально откровенные электронные письма или SMS-сообщения; доступ к сексуально откровенным интернет-сайтам; поведение, которое также является преступлением по уголовному законодательству, такое как физическое насилие, непристойное подвержение, сексуальное насилие, преследование или непристойное общение<sup>11</sup>.

Логически все возможные формы проявления харассмента можно разделить на четыре типа: нападение, принуждение, обсуждение, демонстрация (термины условные).

Нападение является актом прямой физической или словесной сексуально окрашенной агрессии (нарушение личной неприкосновенности, оскорбление посредством использования определенных эпитетов и т.п.).

Принуждение представляет собой понуждение к сексуальному взаимодействию посредством шантажа и иных угроз.

Использование представляет собой удовлетворение сексуальных или иных инстинктов нарушителя (чувства превосходства, удовольствия от страданий жертвы и т.п.) посредством обсуждения жертвы харассмента вопреки ее воле с третьими лицами в присутствии жертвы или с самой жертвой (комментарии относительно ее пола, внешности, сексуальных пристрастий, прогнозы поведения жертвы в той или иной сексуально атрибутированной ситуации и т.п.), либо посредством наблюдения за жертвой способом, вторгающимся в интимные сферы ее жизни (вуйеризм).

Демонстрация выражается в том, что жертва умышленно используется нарушителем в качестве вынужденного зрителя сексуально атрибутированного поведения нарушителя или иных лиц (имитация полового акта, демонстрация половых органов или предметов эротического обихода, рассылка порнографических материалов и т.п.).

Е.М. Офман, исследовавшая правила внутреннего трудового распорядка ряда крупных корпораций, отмечает, что в поведенческие формы сексуального домогательства они включают [Офман Е.М., 2011: 8–9]:

Домогательство вербального характера, например, навешивание ярлыков, комментарии обидного характера, подшучивание по поводу чьего-либо телосложения или внешности, раздражающий флирт, предложения непристойного характера, насмешки о половых различиях, назойливые расспросы о предшествующем сексуальном опыте, обсуждение чьего-либо сексуального поведения, угрозы, оскорбления, клички и т.п.

---

<sup>11</sup> Available at: URL: [https://www.humanrights.gov.au/publications/sexual-harassment-code-practice-what-sexual-harassment#1\\_2\\_4](https://www.humanrights.gov.au/publications/sexual-harassment-code-practice-what-sexual-harassment#1_2_4) (дата обращения: 01.03.2019)

Домогательство физического характера, например, ограничение чье-либо движения, физический контакт типа похлопывания, щипков, объятий, других физических действий сексуального характера.

Домогательство визуального и другого невербального характера, например, постеры оскорбительного содержания, рисунки и карикатуры сексуальной ориентации (ими могут быть календари и картинки на экране компьютера), жестикуляция сексуального характера.

Требование сексуальных услуг, за которые работающий получает блага по роду работы.

### **3. Способы отграничения харассмента от допустимых форм сексуально атрибутированного поведения**

Однако вышеперечисленные классификации — как и любые другие — хотя и помогают несколько лучше понимать, что такое харассмент в наиболее явных его проявлениях, тем не менее не позволяют решить главную проблему, обозначенную выше — уяснение истинного смысла поведенческого акта, отграничение допустимого поведения от недопустимого.

Эту трудность можно попытаться преодолеть с помощью обобщения и анализа большого количества прецедентов по делам о харассменте. Насколько мы можем судить, наиболее богатая практика по делам такого рода сложилась в США и отражена в «Руководящих указаниях по текущим вопросам сексуальных домогательств» Комиссии по равным возможностям трудоустройства от 19.03.1990<sup>12</sup> (далее — Руководство). Как указано в Руководстве, его целями выступают: определение, является ли сексуальное поведение «нежелательным»; оценка доказательств преследования; определение того, является ли рабочая среда сексуально «враждебной»; привлечение работодателей к ответственности за сексуальные домогательства со стороны руководителей; оценка превентивных мер и мер по исправлению положения, принятых в ответ на заявления о сексуальных домогательствах. Обобщая содержание данного Руководства, выявим общий подход американских судов и Комиссии при рассмотрении дел о сексуальных домогательствах, который сводится к следующему.

В рамках трудовых отношений запрещены не абсолютно все сексуально атрибутированные формы поведения, а только те, которые представляют собой «*quid pro quo*» («услуга за услугу») или создают «враждебную или оскорбительную рабочую среду».

«*Quid pro quo*» — это, говоря метафорически, «сексуальное вымогательство», т.е. этот вид харассмента имеет место, когда уступка сексуальным при-

<sup>12</sup> Available at: URL: <https://www.eeoc.gov/policy/docs/currentissues.html> (дата обращения: 11.09.2018)

тязаниям нарушителя является условием приема на работу, сохранения работы, карьерного роста и т.п. Наличие «враждебной среды» констатируется, когда работник вынужден работать в условиях запугивания, высмеивания или оскорблений, обусловленных его половыми и сексуальными характеристиками. Различие «*quid pro quo*» и «враждебной среды» имеет практическое значение при определении ответственности работодателя — в случае «враждебной среды» она носит более строгий характер с точки зрения критерия вины (принцип агентства): предполагается, что работодатель всегда знает или должен знать о наличии «враждебной среды».

Сексуальное домогательство — нежелательное словесное или физическое поведение сексуального характера. Нежелательность понимается «в том смысле, что работник не запрашивал и не подстрекал его, и в том смысле, что работник расценил поведение как нежелательное или оскорбительное». При отсутствии «нежелательности» сексуальное поведение не может быть квалифицировано как незаконное.

Отсутствие прямого принуждения к половым отношениям не означает отсутствия харассмента. Даже если будет доказано, что действия сотрудника (сотрудников) работодателя не образуют состава изнасилования или насильственных действий сексуального характера, это само по себе не спасет ни его, ни непосредственного нарушителя (ей) от обвинений в харассменте.

При установлении «нежелательности» поведения следует учитывать все обстоятельства каждого случая. В рамках учета необходимо исходить, в частности, из следующего.

Если работник подавал ранее жалобу на сексуальное домогательство, то это будет веским доводом в пользу того, что соответствующее поведение являлось для него нежелательным. Однако даже если подобные жалобы не подавались, и работник в течение длительного времени терпеливо сносил домогательства, то это само по себе не будет свидетельствовать о желательности или одобрения им подобного поведения, поскольку работник мог держиваться от жалоб от страха преследования или увольнения, стыда, надежды, что ситуация разрешится сама собой и т.п.

Вульгарное или развязное поведение предполагаемой жертвы харассмента может повлечь за собой проигрыш ею дела. Руководство приводит пример, когда работница «регулярно использовала непристойные выражения, инициировала сексуально-ориентированные беседы со своими коллегами, спрашивала сотрудников-мужчин об их семейной и внебрачной сексуальной жизни, обсуждала собственные сексуальные контакты». Отклоняя иск о преследовании по мотиву «враждебной среды», суд указал, что любые предложения или сексуальные замечания со стороны сотрудников «были вызваны ее собственной сексуальной агрессивностью и ее сексуальными откровенными разговорами». Однако следование стратегии «обвинения жертвы» не доводится до абсурда.

Во-первых, всегда необходимо сопоставлять степень провокационности поведения предполагаемой жертвы и количественную и качественную сексуально-агрессивного поведения в отношении нее и не допускать «несправедливых предрассудков». Иными словами, даже вульгарное или развязное поведение потерпевшего (ей) как таковое еще не является индальгенцией и защитой от обвинения в харассменте.

Во-вторых, в Руководстве прямо указано, что любое прошлое поведение обвиняющей стороны, которое, как предполагается, свидетельствует об одобрении определенного образа действий, должно относиться к возможному преступнику. Одобрение частных случаев сексуально атрибутированного поведения не свидетельствует о желательности такого поведения во всех остальных случаях. Однако если будет доказано, что предполагаемая жертва сначала одобряла конкретное поведение конкретного лица и давала это понять, то для подтверждения обвинения ей необходимо будет доказать, что в последующем она явно выразила, что более не желает продолжения подобного поведения.

Кроме того, даже если рабочая среда изначально предполагает уровень «маскулинности» с соответствующим языком и обычкновениями в кругу коллег, женщина, поступающая на работу в среду такого рода, не считается автоматически одобряющей или согласившейся с соответствующим обращением в отношении нее.

Для констатации харассмента посредством создания ситуации «враждебной среды» необходим определенный уровень сексуально атрибутированного поведения в отношении работника. Так, например, даже «раздражающий сексуальный флирт» далеко не всегда создает враждебную среду.

При оценке того, достиг ли уровень рабочей среды состояния враждебности или агрессивности, необходимо исходить из точки зрения «разумного человека», однако, как настаивает Руководство, «этот объективный стандарт не должен применяться в вакууме. Следует уделить внимание контексту, в котором имело место предполагаемое преследование, и стандарт разумного человека должен учитывать мнение жертвы, а не стереотипные понятия о приемлемом поведении». В зависимости от степени серьезности сексуально атрибутированного акта для признания наличия враждебной среды может быть достаточно как одного такого акта (в основном это имеет место при физическом акте домогательства), так и требоваться ряд подобных актов в течение ограниченного промежутка времени. Наличие у работодателя эффективной системы внутренней процедуры рассмотрения жалоб на домогательства может само быть признано частью рабочей среды, преодолевающей враждебность данной среды.

При доказывании наличия харассмента необходимо учитывать, что иногда заявитель по объективным причинам не может предъявить других до-

казательств, кроме его слов. В соответствующих случаях «Комиссия может сделать вывод о преследовании исключительно на основе достоверности утверждения жертвы... Показания жертвы должны быть достаточно подробными и внутренне непротиворечивыми, чтобы быть правдоподобными, и отсутствие подтверждающих доказательств, когда такие доказательства логически должны существовать, подрывает утверждение [о наличии домогательства]».

Как видим, американская практика также не смогла избежать использования оценочного критерия (в данном случае — критерия «разумный человек») для определения наличия или отсутствия харассмента, хотя выработанные ею рекомендации выглядят практически релевантными и имеющими универсальный характер.

Изложенный подход вполне мог бы быть применим и в практике российских судов, поскольку понятие харассмента в настоящее время продолжает оставаться *tabula rasa* для нашей правовой системы — трудовое законодательство России даже не знает термина «домогательство» или аналогичных ему. Здесь необходимо отметить, что Россия при ратификации Европейской социальной хартии (принята в Страсбурге 03.05.1996) Федеральным законом от 03.06.2009 № 101-ФЗ «О ратификации Европейской социальной хартии (пересмотренной) от 3 мая 1996 года»<sup>13</sup> не приняла обязательства, предусмотренное п. 1 ст. 26 Хартии: содействовать разъяснительной работе и информированию по вопросам сексуальных домогательств на рабочем месте или в связи с работой, их предотвращению и принимать все необходимые меры для защиты работников от такого поведения. В литературе есть мнение, что данная позиция нашей страны была вызвана тем, что Хартия предполагает прямое действие ст. 26 вне зависимости от инкорпорации в национальное законодательство [Киселев А., 2013: 1].

#### **4. Правовые средства защиты от харассмента в трудовых отношениях в российском праве**

Определение и раскрытие содержания данного термина (заимствованное из зарубежной практики или выработанное самостоятельно) является необходимым, но недостаточным условием для защиты работников от сексуальных домогательств. Понимание, что такое харассмент, имеет практический смысл только когда оно является элементом правового механизма противодействия подобному поведению. Иными словами, знание того, от чего мы защищаемся, или того, что мы защищаем, никак нам не поможет, если нет способов защиты. Следовательно, вторым необходимым условием защиты

---

<sup>13</sup> СЗ РФ. 2009. № 23. Ст. 2756.

от харассмента является наличие эффективных мер общей и частной превенции подобного поведения.

К сожалению, с этой точки зрения приходится констатировать отсутствие инструментов защиты в правовой системе нашей страны. Рассмотрим указанный тезис подробнее.

При харассменте в рамках трудовых отношений можно выделить прямого и косвенного нарушителя. Прямым нарушителем является физическое лицо (лица), которое непосредственно осуществляет акт домогательства. Косвенным нарушителем является работодатель, как лицо, потворствующее или допускающее харассмент. Соответственно, противодействие харассменту, помимо непосредственной самозащиты жертвы, может осуществляться путем: 1) воздействия органов публичной власти на прямого нарушителя; 2) воздействия органов публичной власти на косвенного нарушителя; 3) воздействия работодателя на прямого нарушителя<sup>14</sup>.

Воздействие на прямого нарушителя со стороны органов публичной власти возможно по действующему российскому законодательству двумя способами. Первый способ — привлечение к уголовной или административной ответственности. Второй способ — привлечение к гражданско-правовой ответственности.

Уголовная ответственность возможна лишь в наиболее серьезных случаях харассмента, связанных чаще всего с прямым нарушением половой неприкосновенности личности. Это могут быть:

Изнасилование (ст. 131 Уголовного кодекса Российской Федерации; далее — УК РФ) — половое сношение с применением насилия или с угрозой его применения к потерпевшей или к другим лицам либо с использованием беспомощного состояния потерпевшей.

Насильственные действия сексуального характера (ст. 132 УК РФ) — мужеложство, лесбиянство или иные действия сексуального характера с применением насилия или с угрозой его применения к потерпевшему (потерпевшей) или к другим лицам либо с использованием беспомощного состояния потерпевшего (потерпевшей).

Понуждение к действиям сексуального характера (ст. 133 УК РФ) — понуждение лица к половому сношению, мужеложству, лесбиянству или совершению иных действий сексуального характера путем шантажа, угрозы уничтожением, повреждением или изъятием имущества либо с использованием материальной или иной зависимости потерпевшего (потерпевшей).

---

<sup>14</sup> В рамках проблематики данной статьи мы рассматриваем наиболее типичную ситуацию, когда нарушитель является сослуживцем или руководителем жертвы, т.е. наемным работником данного работодателя, хотя в отдельных видах деятельности основным источником угрозы могут быть третьи лица.

При этом, как отмечается в уголовно-правовой литературе, «только предложение вступить в половое сношение лицу, которое находится в какой-либо зависимости от этого человека, не содержит состава преступления, предусмотренного ст. 133 УК РФ» [Дядькин О.Н., Ахмедов М.Н., 2018: 76].

Иные действия, которые не образуют объективной стороны полового сношения, мужеложства или лесбиянства, но представляют собой развратные действия (ст. 135 УК РФ), т.е. такие действия, которые «были направлены на удовлетворение сексуального влечения виновного, или на вызывание сексуального возбуждения у потерпевшего лица, или на пробуждение у него интереса к сексуальным отношениям»<sup>15</sup>, наказуемы в уголовном порядке только когда они совершены в отношении лица моложе 16 лет совершеннолетним лицом. В силу того, что работники моложе 16 лет являются исключением (см. ст. 63 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ), говорить о широкой возможности использования этой нормы в качестве Другие формы харассмента (сексуально окрашенные эпитеты, индивидуальная рассылка порнографических материалов, обсуждение внешности и половых предпочтений жертвы) в орбиту уголовно-правовых норм пока не попадают. Статья 136 УК РФ<sup>16</sup>, запрещающая дискриминацию, т.е. «нарушение прав, свобод и законных интересов человека и гражданина в зависимости от его пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям или каким-либо социальным группам, совершенное лицом с использованием своего служебного положения», не может быть применена против харассмента такого рода. В российской правовой системе, в отличие от американской и европейской, харассмент сам по себе не рассматривается в качестве дискриминации, хотя эти явления и могут быть связаны (например, представитель работодателя сначала пытается добиться от работника сексуального подчинения, угрожая увольнением, а когда тот отказывается подчиниться, реализует угрозу. Здесь будет иметь место домогательство и последующее дискриминационное увольнение).

Административная ответственность за харассмент теоретически может быть применена посредством ст. 5.61 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее — КоАП РФ), запрещающей оскорбление, т.е. унижение чести и достоинства другого лица, выраженное в неприличной форме. Однако эта возможность совершенно иллюзорна. Во-

---

<sup>15</sup> П. 17 Постановления Пленума Верховного Суда России от 04.12.2014 № 16 «О судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности» // Российская газета. 2014. № 284.

<sup>16</sup> Вопрос применения этой статьи как таковой мы здесь не рассматриваем, хотя, насколько нам известно, фактически она представляет собой «мертвую» уголовно-правовую норму.

первых, харассмент может происходить и во внешне приличной форме, т.е. когда унижающим честь и достоинство будет содержание акта домогательства, а не его форма: например, обсуждение между работниками гипотетической сексуальной связи с жертвой в ее присутствии, но с использованием литературного стиля речи. Во-вторых, в современных российских реалиях для жертвы добиться возбуждения дела об административном правонарушении за «оскорбительное приставание на работе» — совершенно фантастическая задача. В литературе также отмечается возможность ответственности за оскорбительное приставание по ст. 20.1 КоАП РФ [Арзамасцев М.В., 2018: 139]. Однако данная норма наказывает не оскорбительное приставание как таковое, а нарушение общественного порядка. Очевидно, что это значительно сужает возможность использования данной статьи для борьбы с харассментом в трудовых отношениях.

Таким образом, в настоящее время механизм публично-правовой ответственности непосредственного нарушителя более или менее применим лишь против наиболее тяжелых и опасных форм харассмента.

Гражданско-правовая ответственность нарушителя возможна путем предъявления иска о компенсации морального вреда, причиненного сексуальным домогательством (ст. 1099 и 1101 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК РФ). Здесь следует отметить, что ни законодательство, ни судебная практика не выделяют харассмент в качестве особого случая морального вреда и не содержат правил, которые гарантировали бы жертве определенный уровень компенсации в случае удовлетворения иска и (или) облегчали ли бы ей доказывание заявленных требований путем введения доказательственных презумпций.

Итогом является то, что гражданско-правовая защита от прямого нарушителя недостаточно эффективна. Доказывание факта домогательства может быть затруднительно истцу как с фактической (зачастую нет ни свидетелей, ни иных источников доказательств, кроме слов истца, которые ответчик отрицает), так и с моральной точек зрения: к сожалению, в российском обществе до сих пор окончательно не изжита тенденция «обвинения жертвы», в том числе в силу наличия определенных гендерных стереотипов, которые осуждают афиширование информации, связанной с сексуальными домогательствами [Зарипов З.С., Мусатова Е.Е., 2010: 154]. Соответственно лицо, предъявившее иск о компенсации морального вреда, может столкнуться с прямым ущербом для репутации при совершенно неочевидных выгодах даже при выигрыше иска<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Подробное рассмотрение вопроса, каким образом можно повысить эффективность гражданско-правового способа защиты от харассмента, требует отдельного исследования, что выходит за рамки данной статьи.

При этом российское законодательство в делах такого рода не знает института, аналогичного институту запретительного судебного приказа (ордера) в США, с помощью которого жертва могла бы физически обезопасить себя от контакта с нарушителем, т.е. у жертвы нет механизма прямого пресечения посягательств, если они не образуют состава уголовно-наказуемого деяния.

Воздействие на косвенного нарушителя (работодателя и (или) его уполномоченного представителя, не пресекавшего сексуальные домогательства одних работников по отношению к другим), со стороны органов публичной власти в рамках действующего уголовного законодательства невозможно в принципе. УК РФ не содержит состава преступления, позволяющего наказать представителя работодателя или работодателя — физическое лицо за бездействие такого рода.

Применение административной ответственности возможно разве что с помощью ч. 1 ст. 5.27 КоАП РФ, т.е. за нарушение трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права. Это влечет предупреждение или наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 1000 до 5000 руб.; на лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, — от 1000 до 5000 руб.; на юридических лиц — от 30000 до 50000 руб. Нарушенной здесь может считаться норма абз. 19 ст. 2 ТК РФ, провозглашающей, что одним из основных принципов правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений признается обеспечение права работников на защиту своего достоинства в период трудовой деятельности.

Однако правомерность такого подхода вызывает большие сомнения. Дело в том, что при буквальном толковании указанной нормы речь в ней идет о «регулировании регулирования». Иными словами, она говорит, чему должно отвечать содержание источников трудового права, но не о субъективной обязанности работодателя защищать одних работников от посягательств других. Попытка истолковать данную норму расширительно наталкивается на общеправовой принцип *nulla poena sine lege certa* (нет наказания без точно сформулированного закона) — вряд ли уместно применять механизм публично-правовой ответственности, если для констатации наличия правонарушения мы, по сути, должны вывести из одной нормы (писаной) другую по содержанию норму, к чему закон не дает никаких формальных предположений. Во всяком случае, нам не известно ни одного дела о привлечении к ответственности по ст. 5.27 КоАП РФ в связи с нарушением работодателем абз. 19 ст. 2 ТК РФ.

Что же касается ратифицированного Россией п. 26 ч. I Европейской социальной хартии от 3.05.1996, согласно которому все работники имеют право

на защиту своего достоинства в период работы, то (как резонно указывает Д.В. Черняева) с учетом отказа России ратифицировать ряд других положений Хартии, эта формулировка слишком расплывчата, чтобы гарантировать ее исполнение в российской правовой системе [Chernyaeva D.V., 2013: 8–9]. Также существует возможность закрепления соответствующих обязательств работодателя в трудовых договорах, коллективных договорах и соглашениях, однако о сколько-нибудь широкой практике этого в масштабах страны говорить пока не приходится.

По аналогичным причинам крайне маловероятно и удовлетворение гражданского иска работника к работодателю — невозможно доказать, что бездействие последнего носило противоправный характер, т.е. не будет условия для компенсации морального вреда, предусмотренного ст. 237 ТК РФ. Исключения составляют только ситуации, когда работодатель открыто и совершенно не скрываясь, своими локальными нормативными актами и (или) директивными указаниями прямо поощрял одних сотрудников к тому, чтобы домогаться других. Однако такие маргинальные случаи слишком редки, чтобы говорить об эффективности гражданского иска к работодателю о возмещении вреда, причиненного харассментом со стороны коллег или руководителя.

Равным образом в рамках административной ответственности работодателя невозможно вменить ему «харассмент» как форму несоблюдения требований охраны труда. Статья 209 ТК РФ определяет: 1) охрану труда как систему сохранения жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности, включающую в себя правовые, социально-экономические, организационно-технические, санитарно-гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные и иные мероприятия (ч. 1); 2) безопасные условия труда как условия труда, при которых воздействие на работающих вредных и (или) опасных производственных факторов исключено либо уровни их воздействия не превышают установленных нормативов (ч. 5); 3) вредный производственный фактор как производственный фактор, воздействие которого на работника может привести к его заболеванию (ч. 3); 4) опасный производственный фактор как производственный фактор, воздействие которого на работника может привести к его травме (ч. 4).

Из совокупности данных норм очевидно следует, что действующее трудовое законодательство рассматривает охрану труда как защиту от факторов, объективно присущих трудовому процессу. Однако про домогательство этого сказать нельзя. Посягательство на сексуальную свободу, достоинство и неприкосновенность личности со стороны коллег или руководителя ни при каких условиях не может рассматриваться как неотъемлемые издержки, сущностно связанные с видом трудовой деятельности. Насколько мы можем

судить, из этого же исходят государственные нормативные требования охраны труда — стандарты безопасности труда, правила и типовые инструкции по охране труда; во всяком случае, нам не удалось в них обнаружить намека на противодействие сексуальным домогательствам.

Что касается соотношения защиты от харассмента с правом каждого работника на справедливые условия труда (ст. 2 ТК РФ), то (как отмечает О.А. Курсова) данное право не создает возможности его применения для защиты работника от психологического насилия на рабочих местах, поскольку предполагает правовые гарантии лишь в части обеспечения условий труда, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, права на отдых, включая ограничение рабочего времени, предоставление ежедневного отдыха, выходных и нерабочих праздничных дней, оплачиваемого ежегодного отпуска [Курсова О.А., 2016: 187].

Вышесказанное не означает принципиальной невозможности иного подхода к соотношению понятий «безопасность труда» и «харассмент».

Как указывается в литературе, «важной составляющей современной охраны труда является создание благоприятной психологической производственной среды, в которой исключается возникновение стрессов, не допускается применение психического или физического насилия со стороны руководства и коллег. С переходом к рыночным отношениям и, как следствие, возникновением жесткой конкуренции между работниками особое значение приобретает проблема создания благоприятного психологического климата, ранее относящаяся только к кадровому менеджменту и дисциплине труда. В трудовых отношениях психологическая жестокость наиболее часто проявляется в виде моббинга (буллинга), т.е. запугивания, а также в виде харассмента (сексуального домогательства), систематического и необоснованного приставания со стороны коллег или руководства, определения нереальных сроков выполнения работы, вызывающих ощущение паники и собственной никчемности, и др. Такие действия приводят к стрессу и повреждению здоровья работников» [Серегина Л.В., 2015: 102–103].

В п. 145 доклада МБТ отмечается, что «несмотря на то, что в актах МОТ, посвященных вопросам безопасности и гигиены труда, явно не рассматриваются проблемы насилия и домогательств, такие действия создают очевидный риск для здоровья работников. Акты МОТ в области безопасности и гигиены труда касаются вопросов физического и психического здоровья, включая вызываемый работой стресс, и предлагают полезные методики и концепции, которые применяются на национальном уровне в целях противодействия насилию и домогательствам в сфере труда» [Курсова О.А., 2016: 183–191].

Однако в российском законодательстве эти тенденции, к сожалению, пока не нашли отражения. Таким образом, даже если работодатель инфор-

мирован о наличии у него в организации «враждебной среды» или прямых попыток сексуального вымогательства, но ничего не предпринимает — привлечь его к ответственности за это в России практически невозможно.

Воздействие же на прямого нарушителя со стороны работодателя принципиально является возможным. Общим основанием для этого выступает упомянутый выше абз. 19 ст. 2 ТК РФ. Его норма позволяет работодателю принимать локальные нормативные акты (которые в силу ст. 8 ТК РФ являются элементом правового регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений), регламентирующие взаимодействие между работниками при осуществлении трудовой деятельности и соответственно запрещающие харассмент как одну из форм нарушения права работника на защиту его достоинства в период трудовой деятельности. Равным образом такого рода требования могут содержаться в актах социального партнерства — коллективных договорах и соглашениях.

Соответственно, виновное нарушение этих норм в процессе труда даст работодателю возможность привлечь работника к дисциплинарной ответственности в виде замечания или выговора (ч. 1 ст. 192 ТК РФ), а если это является повторным нарушением трудовой дисциплины и работник имеет неснятое или непогашенное дисциплинарное взыскание, — то и в виде увольнения (п. 5 ч. 1 ст. 81 ТК РФ).

Также работодатель вправе уволить работника, выполняющего воспитательные функции, за совершение аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы (п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ). Трудовое законодательство не содержит определения аморального проступка или перечисления примеров аморальных проступков, однако очевидно, что сексуальное домогательство является таковым [Малеина М.Н., 2018: 67]. В некоторых случаях, когда закон допускает установление в трудовом договоре дополнительных оснований увольнения с отдельными категориями работников (руководитель организации, работник работодателя — физического лица), работодатель может включить харассмент в число таких оснований.

Однако это все, что может использовать работодатель. Закон не дает ему возможности ни отстранить нарушителя от работы (ст. 76 ТК РФ), ни перевести его на другую работу без его согласия (ст. 72.1 и 72.2 ТК РФ).

Равным образом, жертва харассмента не может требовать от работодателя применения мер защиты — работодатель не обязан предоставлять ей отпуск до истечения 6 месяцев непрерывной работы или вне утвержденного графика (ст. 122 и 123 ТК РФ) либо отпуск без сохранения заработной платы (ст. 128 ТК РФ), а также иным образом освободить от работы. Работник здесь может использовать лишь механизм фактической самозащиты, т.е. не являться на работу, защищаясь от увольнения за прогул указанием на отсут-

ствии на работе по уважительным причинам (пп. «а» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ). Однако такой метод будет совершенно неэффективен.

Во-первых, нет гарантий, что отсутствие на работе при таких условиях будет признано уважительной причиной (особенно, если акты харассмента не образовывали состава уголовного преступления). Применить ст. 379 ТК РФ («в целях самозащиты трудовых прав работник... может отказаться от выполнения работы, которая непосредственно угрожает его жизни и здоровью...») здесь не удастся ни при буквальном (поскольку сама по себе работа его жизни и здоровью не угрожает), ни при расширительном ее толковании (за исключением изнасилования или насильственных действий сексуального характера харассмент, как правило, непосредственно не угрожает жизни и здоровью жертвы).

Во-вторых, ТК РФ прямо не предусматривает, что при осуществлении данного способа самозащиты за работником сохраняется средний заработок (в отличие от самозащиты в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней — ч. 4 ст. 142 ТК РФ). Применение норм ст. 155 ТК РФ «Оплата труда при невыполнении норм труда, неисполнении трудовых (должностных) обязанностей» здесь невозможно, так как они связывают размер оплаты с фактически отработанным временем или объемом выполненной работы, которых в данном случае не будет, поскольку работник в принципе отсутствует на работе. Применение норм ч. 1 и 2 ст. 157 ТК РФ (предусматривающих, что время простоя по вине работодателя оплачивается в размере не менее двух третей средней заработной платы работника, а время простоя по причинам, не зависящим от работодателя и работника, оплачивается в размере не менее двух третей тарифной ставки, оклада (должностного оклада), рассчитанных пропорционально времени простоя) здесь также затруднительно, поскольку в данном случае трудно говорить о простом как временной приостановки работы по причинам экономического, технологического, технического или организационного характера (ч. 3 ст. 72.2 ТК РФ). Работа как таковая, как совокупный производственный процесс в этой ситуации не приостанавливается.

В-третьих, источник опасности никуда не исчезнет, поэтому работник будет вынужден продолжать защищать себя путем неявки на работу, но это равносильно признанию того, что работнику следует уволиться — и тем самым спастись. Собственно, дело так и обстоит: если работодатель не прилагает усилий к искоренению харассмента неуголовного характера, то единственный действенный правомерный способ работника обезопасить себя в рамках трудовых отношений — это расторгнуть трудовой договор. При этом необходимо учитывать, что российское трудовое право пока не восприняло концепцию «конструктивного увольнения» в ее наиболее общем

толковании, поэтому у сотрудника почти нет шансов доказать, что он / она был вынужден уволиться в результате отношения со стороны работодателя или сослуживцев, необоснованных требований, несправедливых условий труда, враждебной рабочей среды, устного или физического насилия и т.д. [Chernyaeva D.V., 2013: 8]. Поэтому очевидно, что подобного рода «мера защиты» — это вынужденный выбор меньшего из двух зол и, как результат, потеря работы — не может считаться адекватным средством защиты в правовом и социальном государстве, которым является Россия (ч. 1 ст. 1 и ч. 1 ст. 7 Конституции России).

Необходимо отметить, что активное вовлечение работодателя в противодействие харассменту в рамках трудовых отношений — это, на наш взгляд, один из самых эффективных способов борьбы с данным явлением. Работодатель, как правило, изначально значительно лучше осведомлен о происходящем, нежели органы власти, а применяемые им меры воздействия и защиты могут быть гибче и в большей степени соответствовать тяжести подавляющего количества нарушений, чем уголовная или административная репрессия государства.

## **Заключение**

Сказанное выше позволяет определить набор самых очевидных мер, которые можно ввести в трудовое законодательство с целью обеспечения права работников на защиту от сексуальных домогательств.

Во-первых, необходимо определить, что сексуальное домогательство в отношении работника в период трудовой деятельности является нарушением его трудовых прав.

Во-вторых, необходимо прямо предусмотреть, что работодатель несет ответственность за непринятие мер к противодействию харассменту.

В-третьих, необходимо дать работодателю инструменты реагирования на харассмент как с точки зрения воздействия на нарушителя (возможность отстранения от работы, перевода на другую работу, увольнения за домогательство как грубый дисциплинарный проступок), так и с точки зрения защиты жертвы (обязанность предоставить отпуск по ее заявлению, перевести на другую работу, соответствующую квалификации жертвы).

В-четвертых, необходимо обеспечить жертве эффективные средства самозащиты. Например, должно быть прямо разрешено не являться на работу, если работодатель не принимает мер для защиты жертвы от домогательств, с сохранением среднего заработка за время отсутствия.

Пока набор правовых средств противодействия харассменту крайне невелик. Россия находится в самом начале пути к поиску ответа на этот вызов.

Идя по нему, она может пользоваться как обширным опытом других развитых стран (в первую очередь США), так и игнорировать его, выработав собственные механизмы реагирования, — это вопрос правовой политики.

Однако совершенно точно нельзя игнорировать проблему. Ее решение — прямая обязанность государства в силу предписания ст. 2 и 21 Конституции России, а также международных обязательств России, лежащих на ней в силу ратификации Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах<sup>18</sup> и Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин от 18.12.1979<sup>19</sup>.



### Библиография

Арзамасцев М.В. Сравнительно-правовой обзор зарубежных моделей криминализации отклоняющихся форм сексуального поведения // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 6. С. 134–141.

Векленко С.В., Стулов А.В. Необходимо ли уголовное наказание за сексуальные домогательства? // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России. 2019. № 1. С. 11–16.

Дядькин О.Н., Ахмедов М.Н. Вопросы квалификации понуждения к действиям сексуального характера // Вестник Владимирского юридического института. 2018. № 3. С. 73–77.

Зарипов З.С., Мусатова Е.Е. Некоторые аспекты криминологической характеристики сексуальных домогательств в отношении женщин // Криминология: вчера, сегодня, завтра. 2010. № 1. С. 153–162.

Киселев А. Право работника на достоинство // СПС Консультант Плюс. 2013. С. 1–4.

Курсова О.А. Система оценки и управления профессиональными рисками: проблемы правового регулирования // Lex Russica. 2016. № 10. С. 182–191.

Малеина М.Н. Аморальный проступок преподавателя: правовая оценка понятия и последствий в сфере трудового и гражданского права // Журнал российского права. 2018. №10. С. 61–72.

Модельные правила европейского частного права / под ред. Н. Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013. 989 с.

Осипова О.С. Взаимосвязь организационной культуры и феномена харассмента // Человеческий капитал. 2012. № 12. С. 28–30.

Офман Е.М. Применение сравнительного метода в трудовом праве // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 2. С. 7–10.

---

<sup>18</sup> П. 9 Замечаний общего порядка № 22 (2016) о праве на сексуальное и репродуктивное здоровье (закрепленном в ст. 12 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах), принятых Комитетом по экономическим, социальным и культурным правам ООН). Available at: URL: [https://digitallibrary.un.org/record/832961/files/E\\_C.12\\_GC\\_22-RU.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/832961/files/E_C.12_GC_22-RU.pdf) (дата обращения: 28.02.2019)

<sup>19</sup> См.: п. 37 Заключительных рекомендаций Комитета по ликвидации дискриминации женщин в Российской Федерации по результатам рассмотрения объединенных 6-го и 7-го периодического доклада России на 930-м и 931-м заседаниях 15.07.2010. URL: [https://rosmintrud.ru/uploads/imperavi/ru-RU/doc20170821\\_220607.pdf](https://rosmintrud.ru/uploads/imperavi/ru-RU/doc20170821_220607.pdf) (дата обращения: 28.02.2019)

Серегина Л.В. Концептуальные подходы к охране труда в Российской Федерации // Журнал российского права. 2015. № 11. С. 95–106.

Стучевская О.И. Харассмент и российские женщины // Вестник общественного мнения. 2008. № 4. С. 43–49.

Chernyaeva D.V. Legal framework for workplace mobbing and harassment prevention in Russia: problems and prospects. E-Journal of International and Comparative Labour Studies, 2013, no 2, pp. 14–31.

Schneider K., Swan S., Fitzgerald L. Job-related and psychological effects of sexual harassment in the workplace: empirical evidence from two organizations. Journal of Applied Psychology, 1997, vol. 3, pp. 401–415.

Wall E. The Definition of Sexual Harassment. Public Affairs Quarterly, 1991, no 4, pp. 371–385.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 3**

### **The Concept of Sexual Harassment and Mechanisms to Counter it in the Labor Law of Russia**



**Mikhail Kharitonov**

Professor, Law Department, St. Petersburg Branch, National Research University Higher Schools of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 16 Souza Pechatnikov Str., Saint Petersburg 190121, Russian Federation. E-mail: m\_kharitonov@mail.ru; mkharitonov@hse.ru



#### **Abstract**

The article is devoted to the definition of the concept of “sexual harassment” and the evaluation of mechanisms to counter this phenomenon in labor relations. The need for these mechanisms is due to the fact that in labor relations, their very infrastructure is inherently conducive to harassment, as the victim is usually in the service and (or) “space-time” dependence on the offender. Service dependence is due either to the direct administrative subordination of the victim to the source of the harassment, or to the fact that it can affect her career and other benefits associated with the work. The “space-time” dependence is due to the fact that the victim cannot effectively avoid contact with the source of the harassment by changing his or her location or time in a particular place, because of his or her job responsibilities, he or she must be in a particular place at a particular time. It is considered definitions of harassment behavior and proposes four types of possible forms of harassment: assault, coercion, use and demonstration, considers the generalized practice of the United States on the qualification of behavior as a harassment and analyzes the norms of Russian law in terms of the availability of adequate means to counter this threat. It is established that the current criminal, civil, administrative and labour legislation now does not contain effective methods of protection against most forms of harassment. The author suggests regulatory incentives for more active involvement of the employer in countering harassment within the framework of labor relations (for example, the possibility of removal of the offender from work, transfer him to another job, dismissal for harassment as a gross disciplinary offense) and regulatory mechanisms for protecting the victim of harassment by means of labor law: the

employer's obligation to provide leave at the request of the victim, transfer it to another available job; the right not to be employed if the employer fails to take measures to protect the victim from harassment, while maintaining the average earnings during the absence.



## Keywords

harassment, sexual harassment, protection of employee dignity, discrimination, labour protection, self-protection of labour rights.

**Acknowledgements:** The research for the article was funded by a grant from Saint Petersburg branch of the National Research University Higher School of Economics, no 18-IP-02.

**For citation:** Kharitonov M.M. (2019) The Concept of Sexual Harassment and Mechanisms to Counter it in the Labor Law of Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 52–75 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.52.75



## References

Arzamastsev M.V. (2018) Comparative legal review of foreign models of criminalization of deviant forms of sexual behavior. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 6, pp. 134–141 (in Russian).

Chernyaeva D.V. (2013) Legal framework for workplace mobbing and harassment prevention in Russia: problems and prospects. *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, no 2, pp. 14–31.

Dyadkin O.N., Akhmedov M.N. (2018) Questions of qualification of compulsion to actions of sexual character. *Vestnik Vladimirovskogo yuridicheskogo instituta*, no 3, pp. 73–77 (in Russian)

Kiselev A. (2013) Employee's right to dignity. Available at: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&cacheid=C99254D1EEE1F2F0A9F3A940089C3A00&SO RTTYPE=0&BASENODE=32798&ts=22280700404682957576505491&base=CJI&n=69945&rnd=5A0C4850B5C6F0B87ABD1E6D73C0739E#1aaynh1alw8> (in Russian)

Kursova O.A. (2016) Professional risk assessment and management system: problems of legal regulation. *Lex Russica*, no 10, pp. 182–191 (in Russian)

Maleina M.N. (2018) Immoral misconduct of the teacher: legal assessment of the concept and consequences in the field of labor and civil law. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 10, pp. 61–72 (in Russian)

Ofman E.M. (2011) Application of the comparative method in labour law. *Trudovoye pravo v Rossii i za rubezhom*, no 2, pp. 7–10 (in Russian)

Osipova O.S. (2012) The relationship between organizational culture and the phenomenon of harassment. *Chelovecheskiy kapital*, no 12, pp. 28–30 (in Russian)

Rasskazov N.Yu. (ed.) (2013) *Model rules of European private law*. Moscow: Statut, 989 p. (in Russian)

Seregina L.V. (2015) Conceptual approaches to labor protection in the Russian Federation. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 11, pp. 95–106 (in Russian)

Schneider K., Swan S., Fitzgerald L. (1997) Job-related and psychological effects of sexual harassment in the workplace: Empirical evidence from two organizations. *Journal of Applied Psychology*, no 3, pp. 401–415.

Stuchevskaya O.I. (2008) Harassment and Russian women. *Vestnik obshchestvennogo mneniya*, no 4, pp. 43–49 (in Russian)

Veklenko S.V., Stulov A.V. (2019) Is there a need for criminal punishment for sexual harassment? *Vestnik Kaliningradskogo filiala Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD Rossii*, no 1, pp. 11–16 (in Russian)

Wall E. (1991) The Definition of Sexual Harassment. *Public Affairs Quarterly*, no 4, pp. 371–385.

Zaripov Z.S., Musatova E.E. (2010) Some aspects of criminological characteristics of sexual harassment against women. *Kriminologiya: vchera, segodnya, zavtra*, no 1, pp. 153–162 (in Russian)

# Юридическая ответственность за нарушение антидопинговых правил в России: проблемы и перспективы

---



**А.В. Чеботарев**

доцент департамента общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: achebotarev@hse.ru

---



## **Аннотация**

Проблема юридической ответственности за нарушение антидопинговых правил остро встала в России с 2014 года, когда один за другим вышли в свет доклады канадского юриста Р. Макларена, в которых были отражены манипуляции с пробами российских спортсменов. Последствия, которые на сегодняшний день проявляются в спортивном сообществе России, еще предстоит осмыслить, а негативное влияние, оказанное ими на результаты внутренней и внешней политики нашего государства, скажутся только через несколько десятилетий. Отстранение от участия в международных соревнованиях национальных сборных, массовая дисквалификация высококлассных атлетов, запрет на проведение международных состязаний в России — это далеко не полный перечень мер, применяемых к Российской Федерации международными спортивными организациями. Страна предпринимает попытки выравнивания ситуации, и одними из антикризисных направлений являются пересмотр антидопинговой национальной доктрины и изменение российского законодательства, направленное на ужесточение ответственности не только за применение допинга в спорте, но и за склонение к такому применению, распространение запрещенных препаратов среди спортсменов и тренеров. В силу изложенных обстоятельств вопрос о юридической ответственности спортсменов, тренеров и иных лиц за нарушение антидопинговых правил представляется особенно актуальным. Для решения поставленных задач, во-первых, необходимо определиться с видами юридической ответственности за допинг, определить субъектный состав такой ответственности, исследовать виды и условия применения санкций за подобные нарушения, а также правила обжалования решений о наказании. Примечательным является то обстоятельство, что антидопинговая программа имеет международную подоплеку, и основными актами являются акты международного характера (конвенции и кодексы), которые имеют приоритет над российскими нормативными актами. Анализ позволяет выявить пробелы в законодательстве о допинге и определить перспективы и направления его развития и совершенствования. Автор использовал следующие методы: исторический, системно-структурный, логический и диалектический (общенаучные методы), а так же формально-юридический, сравнительно-правовой, юридико-догматический и другие специальные методы. Сделаны выводы о результатах исследования и предлагаются изменения в действующем законодательстве России.

---



## Ключевые слова

допинг; антидопинговые правила; Всемирный антидопинговый кодекс; спортсмен; тренер; юридическая ответственность.

---

Для цитирования: Чеботарев А.В. Юридическая ответственность за нарушение антидопинговых правил в России: проблемы и перспективы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 76–97.

УДК: 34.03

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.76.97

## Введение

Вопрос о юридической ответственности в российской науке исследован основательно, и ему посвящены многие новейшие работы [Агеев А.А., 2015: 10]; [Сорокин В.В., Кутявин М.Н., 2018: 5]; [Капустина М.А., 2016: 52]; [Чуклова Е.В., 2016: 57]. При этом тема ответственности в сфере предотвращения использования допинга в спорте исследована недостаточно, однако следует выделить некоторые последние научные исследования в данной сфере [Амиров И.М., 2016: 176]; [Мохов А.А., 2017: 520]. Тему юридической ответственности в сфере допинга нельзя рассматривать обособленно, не обращаясь к общей теории ответственности в праве. Определяя юридическую ответственность как вид социальной ответственности, Н.И. Матузов и А.В. Малько подчеркивают, что «юридическая ответственность — один из видов социальной ответственности индивида. Ее главная особенность в том, что юридическая ответственность связана с нарушением юридических норм, законов, за которыми стоит принудительный аппарат государства. Это властно-императивная форма ответственности, опирающаяся на силовое начало. Здесь всегда присутствуют карательный, воспитательный и превентивный моменты» [Матузов Н.И., Малько А.В., 2004: 543].

Таким образом, юридическая ответственность — это установленная государством мера ответа индивида за нарушение определенных (санкционированных) норм поведения или запретов, опирающаяся на государственное принуждение. При этом в зависимости от тяжести нарушения применяется и соответствующий вид ответственности.

## 1. Условия применения юридической ответственности

Одним из условий применения той или иной ответственности является совершение субъектом определенных действий (либо его бездействие),

которые определены законодателем в качестве запрещенной модели поведения. Такая сконструированная модель поведения именуется составом правонарушения. М.А. Капустина справедливо отмечает, что правонарушающее, т.е. несоответствующее правовым предписаниям, нарушающее юридические нормы поведение (действие или бездействие) субъектов традиционно считается основанием для привлечения субъектов права к юридической ответственности [Капустина М.А., 2016: 54]. Следует согласиться и с В.В. Лазаревым, утверждающим, что «конструкция юридического состава представляет собой совокупность необходимых и достаточных с точки зрения действующего законодательства условий или элементов (и их признаков) объективного и субъективного характера для квалификации противоправного деяния в качестве правонарушения» [Лазарев В.В., 2002: 285]. В связи с этим справедливо утверждение А.П. Алехина, А.А. Кармолицкого и Ю.М. Козлова: «состав административного правонарушения — совокупность закрепленных нормативно-правовыми актами признаков (элементов), наличие которых может повлечь административную ответственность» [Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М., 2003: 168].

Рассматривая вопрос о составе правонарушения, следует подчеркнуть, что в российской юридической науке в основном рассматривается его четырехэлементный состав (объект посягательства, объективная сторона, субъективная сторона и субъект). При этом объектом посягательства всегда выступают общественные отношения в какой-либо сфере общественной жизни (здоровье, свобода личности, собственность и т.д.). В связи с этим необходимо определить и состав допингового нарушения. Выделение такого состава должно быть аналогичным исследованию составов уголовного или административного порядка. Как следует из смысла антидопингового законодательства, конструкция состава допингового нарушения определяется нормами Международной конвенции о борьбе с допингом в спорте (2005) и Всемирного антидопингового кодекса (2015; далее — Кодекс ВАДА), дублированными в Общероссийских антидопинговых правилах (2015). Очевидно, что допинг оказывает негативное влияние на спорт, и «определенно, допинг как явление разрушает подлинную сущность спорта» [Байменова А.С., 2016: 19]. Определение допинга часто встречается в научной литературе, но, как правило, не является юридическим определением. Определение данного явления с юридической точки зрения является особенно важным моментом при исследовании возможности применения ответственности за использование допинга, так как от этого зависит квалификация действий субъектов ответственности.

С.В. Алексеев, исследуя возникновение допинга, отмечает, что «впервые термин «допинг» был использован для обозначения стимуляторов, которые использовались пловцами в 1865 году на соревнованиях по плаванию в Ам-

стердаме» [Алексеев С.В., 2008: 621]. В 1972 году в Медицинский кодекс Международного олимпийского комитета (1971 г.) было включено определение, из которого следовало, что «допингом является прием или использование чужеродных для организма веществ в любой форме или физиологических веществ в ненормальных количествах и вводимых ненормальными методами здоровым людям с исключительной целью — обеспечить искусственное и нечестное увеличение достижений в соревнованиях. К допингам должны быть отнесены различные психологические воздействия, направленные на повышение спортивных результатов». Далее С.В. Алексеев справедливо определяет допинг как «запрещенные фармакологические препараты, методы и процедуры, используемые с целью стимуляции физической и психической работоспособности и достижения благодаря этому высокого спортивного результата» [Алексеев С.В., 2008: 621].

Иногда считают наиболее полным аналогичное определение допинга, так, А.А. Деревоедов приводит определение, что «допинг — это введение в организм человека любым путем вещества, чуждого этому организму, какой-либо физиологической субстанции в ненормальном количестве или какого-либо вещества неестественным путем для того, чтобы искусственно и нечестно повысить результат спортсмена во время выступления на соревнованиях» [Деревоедов А.А., 2012: 70–79]. С таким определением трудно согласиться, так как, во-первых, допинг на сегодняшний день используется не только людьми, но и в отношении животных (что также запрещено антидопинговыми правилами), во-вторых, это не всегда «вещество», это может быть и запрещенный метод (например, переливание крови донора спортсмену), и, в-третьих, не всегда вводимое вещество является чуждым спортсмену. Например, переливание спортсмену его же крови не влечет введение в организм «чуждого» вещества, но в то же время запрещено правилами в качестве метода («кровяной допинг»). В данном определении справедливо определяется лишь цель таких манипуляций — нечестно повысить спортивный результат.

Действующие антидопинговые акты также определяют допинг весьма своеобразно. Так, ст. 2.1 Кодекса ВАДА устанавливает, что допингом следует считать совершение любого из перечисленных в ст. 2.1–2.10 действий (одного или нескольких) нарушений правил. К ним, в частности, отнесены: наличие запрещенной субстанции или ее метаболитов либо маркеров в пробе, взятой у спортсмена; использование или попытка использования спортсменом запрещенной субстанции или запрещенного метода; уклонение, отказ или неявка на сдачу проб, уклонение от сдачи пробы или без уважительной причины отказ или неявка на процедуру сдачи пробы после уведомления в соответствии с действующими антидопинговыми правилами; нарушение порядка информирования о местонахождении; фальсификация или по-

пытка фальсификации любой составляющей допинг-контроля; обладание запрещенной субстанцией или запрещенным методом; распространение или попытка распространения любой запрещенной субстанции или запрещенного метода; назначение или попытка назначения любому спортсмену в соревновательном периоде запрещенной субстанции или запрещенного метода, или назначение или попытка назначения любому спортсмену во внесоревновательном периоде запрещенной субстанции или запрещенного метода, запрещенных во внесоревновательный период; соучастие, помощь, поощрение, способствование, подстрекательство, вступление в сговор, сокрытие или любой другой вид намеренного соучастия, включая нарушение или попытку нарушения антидопинговых правил; запрещенное сотрудничество<sup>1</sup>.

Из указанного следует, что к допингу относятся не только запрещенные препараты как объекты материального мира (что является обоснованным), но и действия (бездействие) виновных — отказ от тестирования, распространение запрещенной субстанции и т.д. (что сложно считать материальными объектами). Таким образом, можно сделать вывод, что антидопинговые акты понятия «допинг» и «антидопинговые правила» рассматривает как равнозначные, что не совсем корректно. Исходя из логических выводов, анализа норм антидопингового права и практики применения указанных норм следует, что допинг — это природное или синтетическое вещество или метод, выявляемое специализированным учреждением и запрещенное Всемирной антидопинговой организацией к использованию в спорте под угрозой наказания, употребляемое спортсменом или используемое в отношении животного с целью влияния на спортивный результат, а также любое деяние (действие, бездействие) отнесенное Всемирным антидопинговым кодексом к нарушению антидопинговых правил. Такое определение более полно отражает действительность в части использования допинга.

Вместе с тем объектом посягательства в допинговых нарушениях являются общественные отношения в сфере профессионального спорта, связанные с претворением в жизнь при проведении спортивных состязаний основного принципа спорта — принципа справедливой борьбы. Кроме того, родовым объектом выступает здоровье граждан. Данный вывод следует из смысла фундаментального обоснования Кодекса ВАДА, где сказано, что «кодекс призван сохранить «дух спорта», который включает в себя «этику, справедливость и честность; здоровье». Кроме того, ст. 4.3.1.2 указанного акта в качестве одного из критериев включения веществ в Запрещенный

---

<sup>1</sup> Всемирный антидопинговый кодекс 2015 г. // Официальный сайт Российского Антидопингового Агентства. URL: <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada-2015-code-ru.pdf> (дата обращения: 20.06.2019)

список указывает, что вещество включается в список, если «медицинские и другие научные данные ... свидетельствуют, что использование данной субстанции ... представляет реальный или потенциальный риск для здоровья спортсмена»<sup>2</sup>. Следующим элементом является объективная сторона, которая описывается в Кодексе ВАДА. Например, ст. 2.9 указывает, что соучастием с точки зрения внешнего проявления деяния являются «помощь, поощрение, способствование, подстрекательство, вступление в сговор ... и т.д.»<sup>3</sup>.

Субъективная сторона состава допингового нарушения характеризуется виной в форме умысла, незначительной виной или халатностью, например, ст. 10.5 Кодекса ВАДА предусматривает сокращение срока дисквалификации на основании незначительной вины или халатности<sup>4</sup>. Что касается субъекта нарушения, то из смысла Кодекса ВАДА следует, что таковым в данном составе являются: спортсмен (ст. 2.1 «Наличие запрещенной субстанции в пробе спортсмена...», ст. 2.3 «Уклонение, отказ или неявка на процедуру сдачи проб»), тренер и иной персонал (менеджер, врач, агент) спортсмена (ст. 2.9, 21.2.6, т.е. лица, которые связаны со спортсменом единой целью — созданием условий при подготовке спортсмена к участию в соревнованиях и обеспечение его быта, лечение и т.д.). Примером привлечения к ответственности за соучастие тренера в нарушении антидопинговых правил может служить дело тренера Людмилы Федоровой<sup>5</sup>. При этом статус спортсмена и тренера определяется рядом нормативных актов, например, Общероссийскими антидопинговыми правилами (2015), Федеральным законом от 4.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»<sup>6</sup> (далее — ФЗ «О физической культуре»), а также ст. 348.1 Трудового кодекса Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (далее — ТК РФ). Так, из содержания указанной нормы ТК РФ следует, что спортсмены — это работники, «трудовая функция которых состоит в подготовке и участии в спортивных соревнованиях»<sup>7</sup>, а трудовой функцией тренеров является «проведение со спортсменами тренировочных мероприятий и осуществление руководства состязательной деятельностью».

Таким образом, в допинговом правонарушении выделяется состав такого нарушения с четырьмя его составляющими элементами. Отсутствие какого-либо из элементов состава, как правило, влечет освобождение субъекта

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> CAS 2016/A/4700 WADA v. Lyudmila Fedoriva. Available at: <https://www.tas-cas.org/en/index.htm>. (дата обращения: 27.08.2019)

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2007. № 50. Ст. 6242.

<sup>7</sup> СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

от ответственности за нарушение антидопинговых правил. Определение состава допингового нарушения необходимо, во-первых, для правильной юридической квалификации действий (бездействия) указанных лиц и, во-вторых, для возможности применения в отношении лица, нарушившего антидопинговые правила, иных видов ответственности, например, дисциплинарной (ст. 348.11-2, 348.11-1 ТК РФ).

## **2. Виды юридической ответственности за нарушение антидопинговых правил**

На текущий момент отечественное законодательство устанавливает возможность применения в сфере допинга следующих видов ответственности:

уголовная ответственность — ст. 230.1 Уголовного кодекса РФ (далее — УК РФ) «Склонение спортсмена к использованию субстанций и (или) методов, запрещенных для использования в спорте» (введена Федеральным законом от 22.11.2016 № 392-ФЗ), ст. 230.2 УК РФ «Использование в отношении спортсмена субстанций и (или) методов, запрещенных для использования в спорте» (введена Федеральным законом от 22.11.2016 № 392-ФЗ), а также ст. 234 УК РФ «Незаконный оборот сильнодействующих или ядовитых веществ в целях сбыта»;

административная ответственность — например, ст. 6.18 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее — КоАП РФ) «Нарушение установленных законодательством о физической культуре и спорте требований о предотвращении допинга в спорте и борьбе с ним» ;

спортивная ответственность (в соответствии с антидопинговыми правилами);

гражданско-правовая ответственность (в форме возмещения убытков в соответствии со ст. 15 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), а так же пени, штрафы и неустойки);

трудоправовая ответственность (дисциплинарная ответственность спортсменов и тренеров, являющихся работниками, и материальная ответственность).

Ряд авторов подвергает сомнению утверждение, что здоровье спортсмена является объектом посягательства по допинговым делам, подчеркивая, что «рассматривая в этом ключе уголовно-правовую ответственность в сфере допинга, необходимо заметить, что объектом преступного посягательства в данном случае является здоровье населения. Однако такое утверждение является дискуссионным» [Жеребченко А.В., Милин А.Е., Бадалова П.И., 2018: 113]. Проводя параллель между уголовными преступлениями в сфере борьбы с наркотиками, психотропными веществами и допинговыми субстанциями (многие наркотики признаются допингом — кокаин, марихуана), можно

утверждать, что они имеют один объект посягательства. Ведутся дискуссии, не является ли уголовное преследование по данной категории дел ущемлением права на свободу личности, ведь наркоманы в первую очередь причиняют вред своему здоровью, а им они вольны распоряжаться по своему усмотрению. Таким вопросом задается в частности М.А. Капустина, замечая, что вопрос соотношения правовой свободы и юридической ответственности, значения института юридической ответственности в государственно-правовом регулировании в последние десятилетия актуализировался в связи с проблемой широкомасштабного распространения наркотиков (психоактивных веществ) по всему миру [Капустина М.А., 2016: 55].

Вероятно, уголовная ответственность в части оборота наркотиков является справедливой, поскольку, распространяя данные вещества, виновные способствуют тому, что часть населения становится наркозависимой, в частности, молодое поколение, которое иногда пробует наркотики из интереса, а затем наступает привыкание. Относительно же введения уголовной ответственности в сфере допинга представляется, что к таким нововведениям следует отнестись критически. Имеют место сомнения, что в данном виде уголовные статьи на практике применяться не будут. Например, состав ст. 230.1 УК РФ несовершенен в части установления в нем специального субъекта. В частности, в статье указано, что склонение спортсмена к использованию допинга будет уголовно-наказуемым деянием лишь при совершении таких действий тренером, врачом или иным специалистов в области физической культуры и спорта. При этом не будет являться наказуемым склонение со стороны продавца спортивного питания, который, рекомендуя к употреблению какую-либо биологически активную добавку с завуалированным (как часто бывает) допинговым веществом, убеждает спортсмена принимать ее, уверяя при этом, что запрещенных препаратов в добавке нет, а принимавшие ее другие спортсмены сдавали допинг-контроль, и в их пробах запрещенных субстанций не обнаружено [Пешков Д.В., 2018: 98].

Таким образом, формально преступление совершено, но отвечать за его совершение некому, так как виновный не является субъектом в соответствии с редакцией соответствующей статьи УК РФ. Назрела необходимость изменить редакцию статьи, исключив из нее специальный субъект.

Что касается ст. 230.2 УК РФ, то она предусматривает ответственность за использование в отношении спортсмена запрещенных в спорте субстанций или методов, например, спортивным врачом, когда спортсмен находится в бессознательном состоянии, а данный врач переливает ему кровь донора, которая содержит запрещенное вещество. В данном случае конструкция состава такова, что в нем не отражена цель такого введения допинга, что является неправильным. Поскольку антидопинговое законодательство указывает на одну из целей использования допинга — улучшение спортив-

ного результата, то было бы верным включить такую формулировку цели использования препарата. Не исключено, что целью введения допингового вещества при подобных обстоятельствах являлось именно спасение жизни атлета. Допустим, спортсмен потерял сознание на финише от большой физической нагрузки, и для стимуляции сердечной мышцы врач вводит ему дозу тестостерона, который в спорте запрещен. Если не принять таких экстренных мер, то спортсмен может погибнуть. Здесь целью действий врача является именно спасение жизни атлета.

Как квалифицировать действия такого специалиста в области спортивной медицины? Считать преступником такого специалиста неправильно, и ответить на эти вопросы должен законодатель путем внесения уточнений в действующую редакцию указанной статьи. Справедлив в данном аспекте вывод Т.О. Кошаевой и Е.В. Ямашевой: новые уголовно-правовые нормы направлены не против спортсменов, принимающих допинг, а против тех, кто их окружает [Кошаева Т.О., Ямашева Е.В., 2017: 100]. Специалисты, делая такой вывод, имеют в виду персонал спортсмена, обеспечивающий его деятельность в тренировочный и соревновательный периоды.

Говоря о возможности применения административной ответственности на основании ст. 6.18 КоАП РФ, следует указать, что требует уточнения на законодательном уровне (как и в приведенных выше статьях УК РФ) понятие «иного специалиста в области физической культуры и спорта». Например, вызывает неопределенность в вопросе отнесения к данной категории врача скорой медицинской помощи, который не имеет к спорту отношения, а прибыв по вызову на стадион к больному спортсмену, ради его спасения от гибели от болевого шока вводит ему обезболивающее, которое содержит запрещенный препарат. Думается, что такого специалиста нельзя наказывать ни в уголовном, ни в административном порядке. Но это должно быть указано в законе, в противном случае возникнут ситуации, когда однородные дела не будут рассмотрены единообразно. Е.С. Крылова справедливо отмечает, что следует разграничивать административную и уголовную ответственность за допинг как по предмету преступления, так и по субъектному составу [Крылова Е.С., 2019: 39]. То есть не всегда врач, вводящий спортсмену запрещенный препарат, может являться субъектом административной или уголовной ответственности.

### **3. О спортивной и гражданско-правовой ответственности**

Пожалуй, наибольшее количество разногласий в рассмотрении вопроса о видах юридической ответственности за применение допинга вызывает ответственность спортивная. При этом спорным является отнесение спортив-

ной ответственности к ответственности юридической. Ряд специалистов, например, М.А. Прокопец и Ю. Зайцев считают, что «спортивная ответственность не является юридической и представляет собой разновидность корпоративной, поскольку вытекает из норм, содержащих правила поведения спортивных мероприятий, которые разрабатываются и принимаются спортивными федерациями» [Прокопец М.А., Зайцев Ю., 2008: 180]. Их точку зрения разделяют М.Г. Князькова и М.Л. Кортиев, указывая, что спортивная ответственность, «безусловно, не является юридической» [Князькова М.Г., Кортиев М.Л., 2013: 28]. И.М. Амиров, в свою очередь, отождествляет спортивную и спортивно-соревновательную ответственность и считает, что спортивно-соревновательная ответственность «наступает в результате нарушения участником спортивных состязаний спортивно-технических норм, которые непосредственно связаны со спецификой проведения спортивных состязаний и имеют значение только применительно к специфическим принципам, а также тактике данного вида спорта» [Амиров И.М., 2010: 121], т.е. он также не считает спортивную ответственность юридической.

Такие выводы делаются ввиду того, что нельзя отнести к юридической ответственности ответственность, которая устанавливается не государством, а негосударственными спортивными федерациями. С таким подходом следует согласиться, но нельзя согласиться с тем, что на сегодняшний день спортивная ответственность за допинг не установлена государством, и применение такого рода ответственности не опирается на государственное принуждение. В заблуждение при рассмотрении данного вопроса вводит и то обстоятельство, что действующее законодательство не содержит понятия «спортивная ответственность».

Однако ст. 2 ФЗ «О физической культуре» дает определение спортивной дисквалификации, определяя ее как «спортивную санкцию в виде отстранения спортсмена от участия в спортивных соревнованиях, которое осуществляется в соответствии с установленной компетенцией международной спортивной федерацией по соответствующему виду спорта, общероссийской спортивной федерацией по соответствующему виду спорта или соответствующей профессиональной спортивной лигой за нарушение правил вида спорта, положений (регламентов) спортивных соревнований, антидопинговых правил, норм и требований, утвержденных международными спортивными организациями, общероссийскими спортивными федерациями, профессиональными спортивными лигами, иными организаторами спортивных соревнований». Как видно из данного определения, спортивная дисквалификация, во-первых, является не чем иным, как спортивной санкцией, и, во-вторых, может применяться и за нарушение антидопинговых правил. Логичным является вывод, что спортивная дисквалификация как спортивная санкция является результатом применения именно спортивной

ответственности и, следовательно, спортивная ответственность за нарушение антидопинговых правил является юридической. Более того, применение Кодекса ВАДА (который устанавливает спортивную ответственность за допинг) на территории России установлено в форме ратификации российским законом Международной конвенции о борьбе с допингом в спорте. Таким образом, можно утверждать, что спортивная ответственность за нарушение антидопинговых правил в России установлена на уровне закона, что позволяет ее отнести к юридической ответственности.

Наступление гражданско-правовой ответственности за нарушение правил о допинге возможно в ее классическом варианте — в виде убытков (ст. 15 ГК РФ) и возмещения вреда здоровью. В силу ст. 4.3 Кодекса ВАДА одним из признаков допинга является его негативное влияние на здоровье спортсмена. Следовательно, в случае причинения вреда здоровью спортсмена в результате использования в отношении него врачом или тренером запрещенной субстанции, может иметь место применение к указанным лицам (либо их работодателям) гражданско-правовой ответственности на основании ст. 1064 ГК РФ. Примером может служить случай со смертельным исходом талантливого хоккеиста клуба «Авангард» (Омск) Алексея Черепанова: игрок скончался во время матча. В ходе расследования экспертиза установила применение им допинга. Существенным здесь будет являться определение виновного в употреблении спортсменом запрещенных веществ, которые и будут признаны причинителями вреда.

Необходимо согласиться с А.Л. Власовым, рассматривающим несчастные случаи в спорте и отмечающим, что «повышенная инцидентность современного спорта детерминирует необходимость применения гражданско-правовой ответственности за вред, причиненный жизни и здоровью атлетов» [Власов А.Л., 2001: 5]. Примером ответственности в виде возмещения убытков может быть ситуация, когда спортивный агент пловца, имея с последним гражданско-правовой договор о спортивном сотрудничестве, за свой счет арендовал дорожки бассейна, тренажерный зал, нанял специалиста по физической подготовке и диетологии, а также заранее приобрел билеты для вылета за рубеж с целью участия в чемпионате по плаванию, оплатил гостиницу, но перед выездом спортсмен провалил допинг-тест. В данном случае агент вправе взыскать убытки с данного атлета в гражданско-правовом порядке.

Следующим видом ответственности при нарушении антидопинговых правил является трудовая ответственность, существующая в двух формах — дисциплинарной и материальной. В связи с этим следует согласиться с А.М. Лушниковым и М.В. Лушниковой, что «трудовая ответственность складывается в рамках элементарных охранительных правоотношений, которые входят в структуру единого сложного длящегося трудового

правоотношения» [Лушников А.М., Лушникова М.В., 2009: 730]. Рассматривая этот вид юридической ответственности, следует сказать, что согласно ст. 348.2 ТК РФ на тренера и спортсмена (как на работников) возложена обязанность по соблюдению антидопинговых правил, при этом тренеру еще вменяется в обязанность обеспечение условий для соблюдения спортсменом таких правил. Следовательно, при неисполнении указанными работниками данной трудовой обязанности они могут быть привлечены к дисциплинарной ответственности в соответствии со ст. 192, 193 ТК РФ. При условии соблюдения процедуры привлечения к ответственности к данным работникам может применено одно из дисциплинарных взысканий: замечание, выговор, увольнение. Ввиду этого следует отметить справедливый вывод К.Н. Гусова и Ю.Н. Полетаева, что «привлечение работника к дисциплинарной ответственности должно осуществляться работодателем в строгом соответствии с общими правилами дисциплинарного производства» [Гусов К.Н., Полетаев Ю.Н., 2008: 272]. Под процедурой привлечения к такой ответственности, под дисциплинарным производством следует понимать порядок, установленный ст. 193 ТК РФ: получение письменного объяснения от работника в течение двух дней, сроки наложения взыскания, ознакомление с приказом о взыскании и т.д.

#### **4. Практические проблемы применения трудоправовой ответственности за допинг**

ТК РФ предусматривает возможность увольнения спортсмена (п. 2 ст. 348.11) и тренера (ст. 348.11-1) за нарушение ими антидопинговых правил, установленное решением антидопинговой организации. Подобное увольнение работников по указанным основаниям является мерой дисциплинарного взыскания. Данная позиция подтверждена в п. 25 Постановления Пленума Верховного Суда России №52 от 24.11.2015 «О применении судами законодательства, регулирующего труд спортсменов и тренеров»<sup>8</sup>. Однако не все специалисты придерживаются такой точки зрения. Так, А.В. Завгородний считает, что «дополнительное основание прекращения трудового договора, указанное в п. 2 ст. 348.11 ТК РФ, не относится к дисциплинарному взысканию» [Завгородний А.В., 2010: 50]. С указанным выводом трудно согласиться, поскольку ст. 348.2 ТК РФ предусматривает в качестве трудовой обязанности спортсмена и тренера соблюдение ими антидопинговых правил. Следовательно, несоблюдение данных правил работниками является дисциплинарным проступком, за который согласно ч. 1 п. 3 ст. 192 ТК РФ может применяться увольнение «по соответствующим основаниям».

<sup>8</sup> Российская газета. 2015. № 6841. 30 ноября.

Очевидно, что в данном случае такими соответствующими основаниями и являются основания, указанные в п. 2 ст. 348.11 и ст. 348.11-1 ТК РФ.

Таким образом, из анализа указанных норм следует, что при принятии решения в отношении спортсмена или тренера антидопинговой организацией, например, Российским антидопинговым агентством (РУСАДА), и спортсмен и тренер могут быть уволены по указанным выше основаниям за нарушение антидопинговых правил. При этом для такого увольнения достаточно разового нарушения и не имеет значения, какой вид наказания был применен к таким работникам антидопинговой организацией. Необходимо отметить, что основным видом наказания по делам о допинге является дисквалификация от полугода до пожизненной, но также может быть применено и предупреждение. Независимо от вида спортивной санкции может последовать и увольнение.

Очевидно, что спортсмен, к которому было применено предупреждение антидопинговой организации, уже на следующий день может выполнять трудовые обязанности в полном объеме, в то время как его коллега может быть отстранен от работы на четыре года в силу дисквалификации. Казалось бы, в таком положении дел можно усмотреть отсутствие логики, поскольку не учитывается тяжесть примененного наказания. Однако это нивелируется тем, что применение дисциплинарного взыскания к работнику является правом, а не обязанностью работодателя. Поэтому в подобной ситуации работодатель должен проявить и должную осмотрительность, и стратегическое мышление, прежде чем прибегнуть к увольнению. Если спортсмен является для него ценным, то стоит и повременить с увольнением. В таком случае целесообразно пересмотреть трудовую функцию работника и с его согласия поручить ему на период дисквалификации другую работу, не связанную с тренировками и участием в соревнованиях, например, деятельность в статистическом, аналитическом или скаутском отделах и т.д.

В связи с этим на практике встает еще одна проблема — отобрание у спортсмена или тренера, совершивших допинговое нарушение, объяснений, как того требует ст. 193 ТК РФ. Дело в том, что согласно ст. 7.10 Кодекса ВАДА антидопинговая организация не обязана извещать работодателя о принятом ею решении, т.е. работодатель может и не знать, что его работник дисквалифицирован за нарушение антидопинговых правил. Тогда может создаться ситуация, когда работодатель узнает, что у него возникло право на увольнение спортсмена, к примеру, только через несколько месяцев и с момента совершения нарушения, и с момента принятия решения антидопинговой организацией. В данном случае также необходимо предложить работнику дать объяснение по факту его дисциплинарного проступка, так как ст. 193 ТК РФ указывает, что объяснение должно быть получено «до применения дисциплинарного взыскания», когда бы оно ни применялось.

Зачастую дела о допинге рассматриваются в РУСАДА по 7–8 месяцев, т.е. с момента нарушения антидопинговых правил, например, заключения лаборатории о загрязненности пробы А и до принятия решения проходит более шести месяцев. В связи с этим становится затруднительным применение дисциплинарного взыскания, поскольку согласно ст. 193 ТК РФ «дисциплинарное взыскание ... не может быть применено позднее шести месяцев со дня совершения проступка». В перечне оснований, позволяющих использовать увеличенный срок, расследование дела о допинге не предусмотрен. На практике может сложиться ситуация, когда по причине неосведомленности или затянувшихся сроков разбирательства по делу о допинге работодатель пропустит срок привлечения работника к дисциплинарной ответственности. На деле это может означать, что какой-либо работодатель вынужден будет содержать дисквалифицированного за допинг работника, который фактически лишен возможности исполнять трудовую функцию в полном объеме. В связи с этим целесообразно внести изменения в ч. 4 ст. 193 ТК РФ, включив в качестве основания, позволяющего применять более длительный (более шести месяцев) срок производства по делу о нарушении антидопинговых правил. Достаточным в данном случае может быть срок в два года.

Проблемы в правоприменительной практике возникают и при обжаловании актов, принятых в отношении спортсмена. Как справедливо отмечает К.М. Кочедыкова, подача жалобы на тот или иной акт зависит, во-первых, от того, каков вид акта, который оспаривается лицом [Кочедыкова К.М., 2018: 66]. Действительно, для выбора инстанции, к которой следует апеллировать в спорах о допинге, необходимо выяснить, в какой из судов следует подавать жалобу, а также сроки обжалования. Следует отметить, что из смысла ст. 13 Кодекса ВАДА решение антидопинговой организации о наказании за нарушение антидопинговых правил вступает в силу с момента его принятия. Апелляция подается в Международный спортивный арбитраж (CAS) на уже вступившее в силу решение, что позволяет ее отнести по ее характеру больше к кассации, нежели к апелляции как таковой. Однако антидопинговые правила используют именно термин «апелляции», обозначая процедуру обжалования решений. Все это усложняет защиту прав работников в судебном порядке, поскольку на практике возникают проблемы, решение которых возможно лишь путем внесения изменений в трудовое законодательство.

Так, ст. 392 ТК РФ устанавливает месячный срок для обращения работника в суд с иском о восстановлении на работе. Начало этого срока определено непосредственно либо датой вручения приказа об увольнении, либо датой выдачи трудовой книжки. В случае увольнения в связи с нарушением антидопинговых правил спортсмен или тренер вынуждены обратиться в суд с иском о восстановлении на работе. Однако перед этим они подают апелляцию в CAS на решение антидопинговой организации с целью его отмены.

Согласно Процедурному регламенту CAS (в ред. 2014 г.) сроки рассмотрения таких апелляций составляет три месяца (если не идет речь о работе палаты «ad hoc» во время Олимпийских игр). На практике такой срок, как правило, составляет более шести месяцев. Примером может служить дело по обвинению в употреблении допинга спортсменки Л. Черновой, которое рассматривалось 9 месяцев<sup>9</sup>. Таким образом, при обращении работника в суд общей юрисдикции, у него не может быть на руках решения CAS об отмене решения о его дисквалификации; следовательно, в федеральном суде спортсмен или тренер смогут фактически лишь доказывать нарушение процедуры увольнения, но не могут оспаривать суть решения антидопинговой организации. В данном случае признание увольнения незаконным проблематично, при этом согласно Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (далее — ГПК РФ; ст. 215) рассмотрение дела по допингу в CAS не является обязательным основанием для приостановления производства по гражданскому делу, что выглядит несправедливым. Выходом из указанной ситуации могло бы стать внесение изменений в ст. 215 ГПК РФ о том, что обязательным основанием для приостановления производства по делу является нахождение в CAS дела по рассмотрению апелляции на решение антидопинговой организации, решение по которому может повлиять на результат рассмотрения иска со стороны спортсмена или тренера. Внесение такой поправки будет способствовать справедливому разрешению споров с участием спортсменов и тренеров.

Рассматривая вопрос о применении юридической ответственности за допинг, следует обратить внимание и на коллизию, имеющуюся в действующем законодательстве, касающемся подведомственности индивидуальных трудовых споров с участием спортсменов и тренеров. Неопределенность в данном вопросе возникла после внесения в 2007 г. изменений в ФЗ «О физической культуре»<sup>10</sup>. Указанными изменениями в данный акт была введена глава 5.1, которая регулирует порядок рассмотрения споров в профессиональном спорте и спорте высших достижений. Согласно нормам, включенным в данную главу (ст. 36.2), для рассмотрения данной категории споров в России создается постоянно действующее арбитражное учреждение, к компетенции которого отнесены в силу п. 11 ст. 36.3 указанного Закона индивидуальные трудовые споры спортсменов и тренеров в профессиональном спорте и спорте высших достижений. Таким образом, Закон относит к компетенции третейского суда рассмотрение индивидуального трудового спора (в том числе с участием спортсмена). Такой подход законодателя к данному

---

<sup>9</sup> CAS 2013/A/3112 WADA v. Lada Chernova & RUSADA. Available at: <https://www.tas-cas.org/en/index.htm> (дата обращения: 27.08.2019)

<sup>10</sup> СЗ РФ. 2007. № 50. Ст. 6242.

вопросу вызывает недоумение и является неправильным как с практической, так и с правовой точки зрения. С точки зрения практики, на первый взгляд может показаться, что это обоснованно в отношении спортсменов и тренеров, поскольку позволяет рассматривать такую категорию споров в ускоренном порядке и в то же время с привлечением компетентных в спорте арбитров. Однако в таком случае не исключена ангажированность данных арбитров спортивным клубам — более богатым субъектом спортивной деятельности, нежели сами спортсмены и тренеры, что может повлиять на результат рассмотрения.

В спорте клубы чаще всего объединены в ассоциации, союзы или лиги и уплачивают членские взносы на содержание таких объединений, принимают участие в разработке локальных актов (регламентов, правил), т.е. клубы прямо заинтересованы в продвижении своих взглядов через указанные акты, и, естественно, они же формируют состав арбитров третейского органа. Более того, как правило, третейская оговорка содержится именно в регламентах спортивных лиг и федераций либо в типовых трудовых договорах, который являются приложением к такому регламенту, в силу чего спортсмен вынужден подписывать такие документы вместе с третейской оговоркой. Таким образом, налицо угроза ущемления прав игроков и тренеров.

Если рассмотреть данный вопрос с правовой точки зрения, то представляется, что указанная спорная норма, содержащаяся в пп. 11 п. 1 ст. 36.3 ФЗ «О физической культуре» не может применяться как противоречащая действующему трудовому и гражданскому процессуальному законодательству. Для разрешения данной коллизии необходимо воспользоваться правилом теории права о конфликте общей и специальной правовых норм, из которого следует, что при конфликте общей и специальной норм приоритетом обладает норма специального характера. Несомненно, что в части установления статуса спортсмена и тренера, определения политики развития спорта, применения спортивных санкций и т.д. нормы ФЗ «О физической культуре» являются нормами специального характера, но что касается установления трудовых отношений спортсменов и тренеров (прием на работу, заключение трудового договора, увольнение, рассмотрение трудовых споров с их участием и т.д.), то такие нормы содержатся исключительно в трудовом законодательстве России и являются специальными в соотношении с нормами указанного ФЗ «О физической культуре».

Ст. 5 ТК устанавливает, что нормы трудового права, содержащиеся в иных федеральных законах, должны соответствовать именно трудовому кодексу. Более того, ст. 382 ТК предписывает, что индивидуальные трудовые споры рассматриваются только комиссиями по трудовым спорам (далее — КТС) и судами (но не третейскими органами). Кроме того, ст. 391 ТК уста-

навливает перечень индивидуальных трудовых споров, рассматриваемых непосредственно в судах. Таким образом, действующее трудовое законодательство не предусматривает возможности рассмотрения индивидуального спора в третейских (арбитражных) органах, и для спортсменов и тренеров как работников никаких исключений в этой части нет. В связи с этим также следует отметить, что согласно пп. 1 п. 1 ст. 22 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 3.04. 2018) в федеральных судах рассматриваются споры с участием граждан, вытекающие в том числе из трудовых правоотношений<sup>11</sup>. Указанная норма лишь подтверждает первоначальный вывод.

Следует констатировать, что указанная норма ФЗ «О физической культуре» не может применяться ввиду ее противоречия действующему законодательству России. Это позволяет утверждать, что индивидуальные трудовые споры с участием спортсменов и тренеров на сегодняшний день рассматриваются в КТС и федеральных судах.

Аналогичным образом следует разрешать и коллизию, возникающую при разрешении спора о возможности рассмотрения автономным арбитражным учреждением спора с участием спортсмена и тренера, вытекающего из нарушения антидопинговых правил (пп. 2 п. 1 ст. 36.3 ФЗ «О физической культуре»). Этот Закон предусматривает, что такого рода споры подлежат рассмотрению в данном третейском органе. Однако в этом случае имеется противоречие между нормами федерального закона и Кодекса ВАДА, где в ст. 7.4, 7.5, 7.6, 8.1 право на расследование и слушание дела о нарушении антидопинговых правил возложено на антидопинговую организацию, к которой автономное арбитражное учреждение не отнесено. Что касается пересмотра решений о допинге в апелляционном порядке, то согласно гл. 13 Кодекса, в Международном спортивном суде рассматриваются апелляции в отношении спортсменов международного уровня. Из смысла указанных норм следует, что в национальном апелляционном органе могут рассматриваться апелляции в отношении спортсменов национального уровня, но в любом случае это лишь производство в апелляционном порядке, в то время, как из смысла ст. 26.3 ФЗ «О физической культуре» следует, что в российском арбитражном учреждении дела о допинге рассматриваются и по первой инстанции, что выглядит незаконным. Для устранения такого противоречия в пп. 2 п. 1 ст. 36.3 ФЗ «О физической культуре» целесообразно уточнить, что дела, вытекающие из нарушения антидопинговых правил, в автономном арбитражном учреждении подлежат рассмотрению лишь в порядке апелляции и в отношении спортсменов национального уровня.

---

<sup>11</sup> Российская газета. 2002. № 220. 20 ноября.

## **Заключение**

Вопрос о юридической ответственности в российском праве был и остается актуальным. Поскольку ответственность в правовом смысле за поступки в обществе устанавливается государством, то по применению такой ответственности можно судить о том, насколько общество готово принимать и прощать незначительные нарушения или, наоборот, ужесточать формы карательного реагирования на какие-либо посягательства. Юридическая ответственность в целом является своеобразным общественным индикатором реакции на различные нарушения закона, а в некоторых случаях — моральных и нравственных принципов.

Если говорить о допинге и ответственности за его применение в спорте, то, во-первых, следует отметить, что это — новая сфера применения юридической ответственности как таковой. При этом важно, что антидопинговое российское законодательство является полностью заимствованным из антидопингового международного права. Ряд таких заимствованных норм породил немало пробелов и противоречий в российском законодательстве, которые проявляются в первую очередь в невозможности в полном объеме и точно адаптировать нормы международного характера к нормам российских антидопинговых и иных правил. Неполно определение допинга, закрепленное в законе. По мнению автора, данное в настоящей работе определение допинга является более полным, поскольку охватывает все аспекты обнаружения запрещенных субстанций, указывает на организации, наделенные полномочиями по расследованию нарушений и определению наказаний, а также на применение допинга в отношении животных, участвующих в соревнованиях.

Для устранения пробелов в нормативных актах о допинге необходимо изменить положение об апелляции, поскольку в существующей редакции Кодекса ВАДА она рассматривается как стадия обжалования актов, вступивших в законную силу, ввиду чего могут нарушаться права работника на обжалование судебных актов. Кроме того, целесообразно включить в гражданско-процессуальное законодательство нормы, обязывающие суд приостановить рассмотрение дел о восстановлении на работе спортсменов и тренеров в случае рассмотрения Международным спортивным арбитражем апелляции данных субъектов по допинговому спору.

В то же время критически следует отнестись к тенденции законодателя ужесточать ответственность за допинг в целом, не меняя процедуру доказывания по делам о нарушении антидопинговых правил. Закрепленный в Кодексе ВАДА принцип презумпции виновности атлета позволяет наказывать любое лицо, в пробе которого обнаружили запрещенную субстанцию, что практически исключает состязательность в процессе как таковую.

Таким образом, внесение изменений в нормативные акты должно стать ближайшей целью деятельности законодателя в сфере нормотворчества по допинговым отношениям.



## Библиография

- Агеев А.А. Определение понятия «Административная ответственность» в доктрине административного права // Вестник РУДН. 2015. №4. С. 9–13.
- Алексеев С.В. Международное спортивное право. М.: Юнити-Дана, 2008. 895 с.
- Алехин А. П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации. М.: Зерцало-М, 2003. 461 с.
- Амиров И.М. Антидопинговый порядок в России // Вестник Краснодарского университета МВД России. 2016. № 3. С. 175–178.
- Байменова А.С. Допинг-скандал в России // Инновационная наука. 2016. № 5. С. 19–22.
- Власов А.А. Чрезвычайные происшествия и несчастные случаи в спорте. М.: Советский спорт, 2001. 80 с.
- Гусов К.Н., Шевченко О.А. Спортивное право. М.: Проспект, 2011. 95 с.
- Жеребченко А.В., Милин А.Е., Бадалова П.И. Допинг как предмет преступлений против здоровья населения и общественной нравственности// Вестник экономической безопасности. 2018. № 2. С. 111–114.
- Капустина М.А. Институт юридической ответственности как элемент системы правового регулирования//Вопросы российского и международного права. 2016. № 9. С. 52–62.
- Кочедыкова К.М. К вопросу об оспаривании процессуальных актов, принимаемых при осуществлении производства по делам об административных правонарушениях // Вестник Уральского института экономики, управления и права. 2018. № 1. С. 67–69.
- Кошаева Т.О., Ямашева Е.В. К вопросу об установлении уголовной ответственности за нарушения законодательства о допинге//Журнал российского права. 2017. № 6. С. 97–104.
- Крылова Е.С. Вопросы разграничения уголовной и административной ответственности за нарушение антидопинговых правил//Вестник Казанского юридического института МВД России. 2019. № 1. С. 38–42.
- Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права. М.: Статут, 2009. 1151 с.
- Матузов Н.И., Малько А.В.. Теория государства и права. М.: Юрист, 2004. 242 с.
- Мохов А.А. Гражданско-правовые средства реализации антидопинговой политики в Российской Федерации // Ученые записки Казанского университета. 2017. Т. 159. С. 520–527.
- Лазарев В.В. (ред.) Общая теория права и государства. М.: Юрист, 2002. 472 с.
- Завгородний А.В. Особенности регулирования труда спортсменов и тренеров в России//Трудовое право в России и за рубежом. 2010. № 1. С. 49–52.
- Пешков Д.В. К вопросу о квалификации преступления, предусмотренного ст. 230.2 УК РФ//Инновационная наука. 2018. № 3. С. 65–68.
- Сорокин В.В., Кутявин М.Н. Основание юридической ответственности: новые подходы // Актуальные проблемы российского права. 2018. №9. С.51–57.

Чиканова Л.А., Нуртдинова А.Ф. Основные направления развития российского трудового законодательства // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 5–18.

Чуклова Е.В. Процессуальная ответственность как средство защиты административного процесса // Юридическая и правоохранительная практика. 2016. № 3. С. 57–61.

Шевченко О.А. Особенности правового регулирования труда профессиональных спортсменов: дис... к.ю.н. М., 2005. 162 с.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 3**

### **Liability for Violation of Anti-doping Rules in Russia: Issues and Prospects**



**Aleksey Chebotarev**

Associate Professor, Labor Law and Social Security Law Department, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: [achebotarev@hse.ru](mailto:achebotarev@hse.ru).



#### **Abstract**

Since 2014 the issue of legal liability for violation of anti-doping rules had been thrown into sharp relief in Russia, when reports of the Canadian lawyer Richard MacLaren were published, which covered the cases of using manipulations with samples of Russian athletes. The consequences that nowadays manifest themselves in the Russian sports community are off to be comprehended, and the negative impact they have had on the results of our state's domestic and foreign policy will only have an effect after a few decades. The exclusion of national teams from participation in international competitions, the mass disqualification of high-class athletes, the ban on holding of international competitions in Russia is not a complete list of measures applied to the Russia by international sports organizations. The state is trying to level out the situation and one of the anti-crisis areas of focus is the revision of the anti-doping national doctrine and changes of the Russian legislation aimed at upgrading of liability not only for the use of doping in sports, but also for encouraging such use, distribution of prohibited drugs among athletes and coaches. By virtue of these circumstances, the issue of the legal liability of athletes, coaches and other persons for violating of anti-doping rules appears to be particularly relevant. For resolution of the above-mentioned problems, firstly, it is necessary to determine the types of legal liability for doping, to determine the subjects of such liability, to investigate the types and conditions of the application of sanctions for such violations, as well as the established rules for appealing punishing court rulings. Notable in this matter is the fact that the anti-doping program has an international background and the main acts that regulate the researched group of public relations are international acts (conventions and codes) that take precedence over Russian legal acts, due to the ratification of the specified international conventions by our state. The analysis will identify gaps in the doping legislation and determine the prospects and directions for its development and improvement. In process of research scholar methods were implemented: historical, system-structural, logical and dialectical (general scholar methods), as well as formal legal, comparative, legal dogmatic and other special methods. At the end of the article it is proposed changes to the Russian legislation.



## Keywords

Doping; anti-doping rules; World Anti-Doping Code; athlete; coach; legal liability.

**For citation:** Chebotarev A.V. (2019) The Liability for Violating Anti-Doping Rules in Russia: Issues and Prospects. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 76–97 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.76.97



## References

Ageev A.A. (2015) The term of “administrative responsibility” in the doctrine of administrative law. *Vestnik RUDN*, no 4, pp. 9–13 (in Russian)

Alekseev S.V. (2008) *International Sports Law*. Moscow: Unity-Dana, 895 p. (in Russian)

Alekhin A.P., Karmolitsky A.A., Kozlov U.M. (2003) *Administrative law of the Russian Federation*. Moscow: Zertsalo-M, 461 p. (in Russian)

Amirov I.M. (2016) Anti-doping law in Russia. *Vestnik of Krasnodar University of the Ministry of Internal Affairs*, no 3, pp. 175–178 (in Russian)

Baymenova A.S. (2016) Doping scandal in Russia. *Innovatsionnaya nauka*, no 5, pp. 19–22 (in Russian)

Chikanova L.A., Nurdinova A.F. (2010) Main directions of development of the Russian labour legislation. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 5, pp. 5–18 (in Russian)

Chuklova E.V. (2016) Procedural responsibility as a means of protection in the administrative process. *Yuridicheskaya i pravookhranitel'naya praktika*, no 3, pp. 57–61 (in Russian)

Gusov K.N., Shevchenko O.A. (2011) *Sports law*. Moscow: Prospect, 95 p. (in Russian)

International Olympic Committee. Medical Commission (1972) *The Doping*. Lausanne: International Olympic Committee, p.33.

Kapustina M.A. (2016) The institute of legal responsibility as an element of the system of legal regulation. *Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava*, no 9, pp. 52–62 (in Russian)

Kochedykova K.M. (2018) On challenging procedural acts adopted in the implementation of proceedings on cases of administrative offenses. *Vestnik Uralskogo instituta ekonomiki, upravleniya i prava*, no 1, pp. 97–104 (in Russian)

Koshaeva T.O., Yamasheva E.V. (2017) On establishing criminal liability for violations of doping legislation. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6, pp. 97–104 (in Russian)

Krylova E.S. (2019) Delimitation of criminal and administrative responsibility for violation of anti-doping rules. *Vestnik Kazanskogo yuridicheskogo instituta MVD Rossii*, no 1, pp. 38–42 (in Russian)

Lazarev V.V. (ed.) (2002) *General theory of law and state*. Moscow: Yurist, 472 p. (in Russian)

Lushnikov A.M., Lushnikova M.V. (2009) *The course of labour law*. Moscow: Statut, 1151 p. (in Russian)

Matuzov N.I., Malko A.V. (2004) *Theory of state and law*. Moscow: Yurist, 242 p. (in Russian)

Mokhov A.A. (2017) Civil legal means of implementing anti-doping policy in Russia. *Uchenye zapiski Kazanskogo universiteta*, vol. 159, pp. 520–527 (in Russian)

- Peshkov D.V. (2018) The qualification of a crime under Art. 230.2 of the Russian Criminal Code. *Innovatsionnaya nauka*, no 3, pp. 65–68 (in Russian)
- Shevchenko O.A. (2005) The legal regulation of professional athletes labour. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 162 p. (in Russian)
- Sorokin V.V., Kutuyavin M.N. (2018) The basis of legal liability: new approaches. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 9, pp. 51–57 (in Russian)
- Vlasov A.A. (2001) *Accidents in sports*. Moscow: Sovetskiy sport, 80 p. (in Russian)
- Zavgorodniy A.V. (2010) Features of labour regulation of athletes and coaches in Russia. *Trudovoe parvo v Rossii i za rubezhom*, no 1, pp. 49–52 (in Russian)
- Zherebchenko A.V., Milin A.E., Badalova P.I. (2018) Doping as an object of crime against public health and public morality. *Vestnik ekonomicheskoy bezopasnosti*, no 2, p. 113 (in Russian)

# Интероперабельность как фактор развития права в сфере электронного здравоохранения

---



**М.С. Журавлев**

преподаватель департамента общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: mzhuravlev@hse.ru

---



## **Аннотация**

Развитие электронного здравоохранения в условиях цифровой экономики требует информационного взаимодействия всех заинтересованных субъектов. Такое взаимодействие обеспечивается посредством интероперабельности информационных систем, данных, технических решений, процессов и методов управления. В интероперабельной информационной среде достигается синергетический эффект от взаимодействия, при котором каждый участник получает пользу от использования данных и повышает эффективность своей деятельности. Интероперабельность необходима для создания единого безбарьерного информационного пространства, основанного на принципах открытости, прозрачности, многоцелевого использования данных, технологической нейтральности, приоритета интересов пользователей, информационной безопасности и защиты неприкосновенности частной жизни. В статье раскрываются принципы интероперабельности, применимые к сфере электронного здравоохранения, со ссылками на опыт Европейского союза, где концепция интероперабельности получила наибольшее развитие. Каждый из принципов рассматривается через призму правовых вопросов, которые необходимо учитывать в процессе их имплементации. Отдельное внимание уделяется вопросам стандартизации, требованиям к информационной безопасности (в том числе безопасности медицинских устройств и приложений), разрешению коллизий между принципом долгосрочного хранения данных в целях повторного их использования и требованиями законодательства о персональных данных. Отмечаются позитивные шаги на пути к нормативно-правовому обеспечению взаимодействия информационных систем здравоохранения в России, где, в частности, созданы условия для развития Единой государственной информационной системы здравоохранения (ЕГИСЗ). Вместе с тем делается акцент на том, что интероперабельность не должна быть изолированной (внутриотраслевой), так как она в широком смысле предполагает открытость взаимодействия с иными информационными системами (межотраслевому взаимодействию), архитектура которых также должна быть выстроена по аналогичным универсальным стандартам. Этой целью обосновывается необходимость разработки единой стратегии развития интероперабельности в Российской Федерации. Такая стратегия требует комплексного подхода на общегосударственном уровне с участием в ее разработке и реализации всех заинтересованных сторон.

---



## Ключевые слова

интероперабельность; оборот данных; электронное здравоохранение; телемедицина; информационные системы; стандартизация; информационная безопасность.

**Благодарности:** Статья подготовлена в ходе исследования в рамках Программы фундаментальных исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ) и с использованием средств субсидии в рамках государственной поддержки ведущих университетов Российской Федерации «5-100».

**Для цитирования:** Журавлев М.С. Интероперабельность как фактор развития права в сфере электронного здравоохранения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 98–116.

УДК: 34.09

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.98.116

## Введение

Информация в телемедицине и электронном здравоохранении может собираться из разных источников (в том числе генерироваться без непосредственного участия человека<sup>1</sup> датчиками, сенсорами и прочими устройствами), иметь как структурированный, так и неструктурированный вид, храниться в разных форматах, обрабатываться разными субъектами в различных целях. Отсутствие унифицированных технических, организационных и правовых основ обработки медицинских данных в информационных системах здравоохранения выступает существенным барьером для информационного обмена и успешного развития телемедицины.

В целях устранения этого барьера и достижения синергетического эффекта от информационного взаимодействия необходимо использовать единые стандарты сбора, хранения, обработки и обмена данными, что обеспечит интероперабельность информационных систем [Oemig F., Snelick R., 2016: V]. Интероперабельность призвана создать единую информационную экосистему, в которой все ее участники в целом и каждый из участников в отдельности получали бы дополнительные возможности и преимущества от

<sup>1</sup> В зарубежной правовой литературе и правовых актах названия таких данных — «индустриальные данные», «данные Интернета вещей», «данные, генерируемые машиной» (machine-generated data). Их обработка в цифровой экономике также связана с целым спектром правовых вопросов, касающихся определения имущественных прав на такие данные, а также механизмов доступа к ним заинтересованных третьих лиц [Drexler J., 2016: 1–70]. См. также: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «Building a European Data Economy». 2017. Available at: URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-european-data-economy> (дата обращения: 04.05.2019)

использования информации, извлекали пользу и повышали эффективность своей деятельности. Интероперабельность является необходимым условием развития Интернета вещей [Burlerson W., Carrara S., 2014: 1–11], «умного города» и других направлений цифровой экономики, основанных на обмене данными [Ahlgren B., Hidell M., Ngai E., 2016: 52–56].

Сформировавшись как принцип взаимодействия информационных систем в технической области, сегодня интероперабельность является не только техническим принципом, но и принципом социального информационного взаимодействия в сфере государственного управления, бизнесе и других сферах общественных отношений, включая здравоохранение. Реализация принципа интероперабельности в различных сферах общественных отношений требует выработки правовых подходов, направленных на защиту прав и законных интересов субъектов взаимодействия. К наиболее важным правовым вопросам, связанным с имплементацией принципа интероперабельности, относятся вопросы стандартизации, обеспечения открытости, технологической нейтральности и информационной безопасности (включая вопросы защиты неприкосновенности частной жизни)

## **1. Значение интероперабельности в развитии электронного государства**

В контексте построения цифровой экономики интероперабельность следует понимать как условие перехода электронного государства на новый этап развития, в котором публичные услуги<sup>2</sup> не только переводятся в электронный формат, но и получают качественно новое содержание за счет оперативного информационного обмена, дистанционного взаимодействия и внедрения современных технологий обработки данных. В некоторых международных правовых документах предлагается вместо термина «электронное государство» (e-government) в новых условиях использовать термин «цифровое государство» (digital government)<sup>3</sup>. Акцент в цифровом государстве делается на формировании системы эффективного взаимодей-

---

<sup>2</sup> Под публичными услугами понимаются не только государственные услуги. Как отмечает Л.К. Терещенко, «термин «публичные услуги» гораздо шире «государственных услуг», их могут оказывать и государственные, и негосударственные структуры, но главное, что их объединяет, — это заинтересованность общества в их выполнении, общественный интерес, социальная значимость» [Терещенко Л. К., 2004: 16].

<sup>3</sup> В Рекомендации Совета ОЭСР по стратегиям цифрового государства (2014) под цифровым государством понимается модель государственного управления, основанная на использовании цифровых технологий (включая аналитику данных) в качестве системного элемента модернизации государственного управления в общественно полезных целях. См. Recommendation of the Council on Digital Government Strategies. 2014. Available at: URL: <http://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf> (дата обращения: 27.07.2019)

ствия участников в сфере публичного управления. Интероперабельность выступает ключевым элементом этого взаимодействия. Становление цифрового государства, основанного на интероперабельности, нуждается в комплексном правовом обеспечении, однако действующее отечественное законодательство «по-прежнему существует в терминах электронного правительства» [Талапина Э.В., 2018: 20–25]. Этим объясняется необходимость разработки новых методологических подходов к правовому регулированию.

В России понятие «интероперабельность» раскрывается в национальном стандарте ГОСТ Р 55062-2012<sup>4</sup>, в котором под интероперабельностью понимается способность двух или более информационных систем или компонентов к обмену информацией и к использованию информации, полученной в результате обмена. Данное определение охватывает главным образом технические аспекты взаимодействия, что характеризует его как узкий (технический) подход к интероперабельности. В широком же (социальном) значении интероперабельность представляет собой не стандарт технического взаимодействия информационных систем, а концепцию управления в условиях информатизации общества, реализуемую в рамках государственной политики с участием всех заинтересованных сторон.

Наибольшую разработанность идея интероперабельности в широком значении получила в Европейском союзе в рамках реализации стратегии построения единого цифрового рынка (Digital Single Market)<sup>5</sup>. Под интероперабельностью в правовых документах ЕС<sup>6</sup> понимается способность органов публичной власти взаимодействовать для достижения взаимовыгодных целей, осуществляя обмен информацией и знаниями. Информационный обмен и взаимодействие осуществляются органами публичной власти как между собой, так и с гражданами и организациями (главным образом в процессе оказания государственных услуг).

В зарубежной литературе, посвященной вопросам интероперабельности<sup>7</sup>, а также в правовых источниках<sup>8</sup> выделяют четыре уровня интеропера-

<sup>4</sup> Национальный стандарт Российской Федерации ГОСТ Р 55062-2012 Информационные технологии (ИТ). Системы промышленной автоматизации и их интеграция. Интероперабельность. Основные положения. 2012. URL: <http://docs.cntd.ru/document/1200102958> (дата обращения: 27.07.2019)

<sup>5</sup> Digital Single Market. 2019. Available at: URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/> (дата обращения: 07.08.2019)

<sup>6</sup> European Interoperability Framework. 2017. Available at: URL: [https://ec.europa.eu/isa2/sites/isa/files/eif\\_brochure\\_final.pdf](https://ec.europa.eu/isa2/sites/isa/files/eif_brochure_final.pdf) (дата обращения: 07.08.2019)

<sup>7</sup> Inter-organisational e-government: From four levels of interoperability to seven dimensions of co-governance. 2015. Available at: URL: <http://liu.diva-portal.org/smash/get/diva2:783907/FULLTEXT01.pdf> (дата обращения: 27.07.2019)

<sup>8</sup> Malta National ICT Interoperability Framework. 2019. Available at: URL: [https://mita.gov.mt/en/Technology/Initiatives/Interoperability/Documents/NIF\\_framework.pdf](https://mita.gov.mt/en/Technology/Initiatives/Interoperability/Documents/NIF_framework.pdf) (дата обращения: 27.07.2019)

бельности: правовой, организационный, семантический и технический. Все четыре уровня объединяет система управления интероперабельностью (interoperability governance), основы которой закладываются государственной стратегией обеспечения интероперабельности.

Организационный уровень интероперабельности означает упорядочение деятельности участников информационного обмена по общим, согласованным модельным правилам. Данному упорядочению, например, могут способствовать меморандумы о взаимопонимании и соглашения об уровне обслуживания между участниками информационного взаимодействия.

На семантическом уровне интероперабельность обеспечивает точность и удобство восприятия обмениваемой информации участниками информационного взаимодействия. Данная задача может решаться посредством разработки каталогов, словарей, схем, кодификаторов, классификаторов, единых реестров и т.п. В телемедицине семантическая интероперабельность имеет особенно большое значение<sup>9</sup>, поскольку от надежности интерпретации данных (в том числе в автоматизированном режиме) непосредственным образом зависят медицинские решения и физическая безопасность пациентов. Параметры здоровья человека образуют сложную систему, для интерпретации которой в отдельности и в совокупности медицинским специалистам требуются не только знания, но также опыт и индивидуальный подход к пациенту. Вызовом семантической интероперабельности в телемедицине является обучение информационных технологий системной интерпретации данных с учетом индивидуальных характеристик пациентов<sup>10</sup>.

Технический уровень интероперабельности включает спецификации к интерфейсу, сервисы интеграции данных, протоколы безопасного обмена данными и т.п. Исторически информационные системы отдельных ведомств формировались «снизу вверх» для решения ведомственных задач, в результате чего образовались фрагментарные «островки» ИТ-систем, которые сегодня нуждаются в технической интеграции. В телемедицине техническая интероперабельность имеет ключевое значения в контексте обеспечения повсеместного доступа к информации о состоянии здоровья [Craft R., 2005: 384–404].

Правовой уровень интероперабельности предполагает возможность субъектов, работающих по различным правовым основаниям, взаимодей-

---

<sup>9</sup> Workshop on semantic interoperability prerequisites for efficient e-health systems. 2015. Available at: URL: <http://www.who.int/classifications/terminology/prerequisites.pdf> (дата обращения: 07.05.2019)

<sup>10</sup> Discussion Paper on Semantic and Technical Interoperability. 2012. Available at: URL: [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/ev\\_20121107\\_wd02\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/ev_20121107_wd02_en.pdf) (дата обращения: 07.05.2019)

ствовать друг с другом. Первым шагом на пути к правовой интероперабельности является ревизия нормативной базы на предмет выявления барьеров к интероперабельности (*interoperability barriers*) — ограничений на использование данных, неоправданных требований к использованию специфических технологий, противоречивые требования к одним и тем же процессам, устаревшие требования к безопасности и т.п. Также на этапе разработки новых нормативно-правовых актов необходимо обеспечивать их согласованность с существующей нормативной базой.

Нормативно-правовое обеспечение интероперабельности в ЕС преимущественно касается взаимодействия публичных информационных систем. Однако в условиях построения цифровой экономики интероперабельность необходима не только в публичном секторе, но и между частными информационными системами.

Интероперабельность в частном секторе может иметь значение не только в качестве взаимовыгодной формы взаимодействия между бизнес-партнерами (например, частными медицинскими организациями), но и в качестве условия для реализации прав и законных интересов иных лиц. Так, интероперабельность частных информационных систем приобретает актуальность в связи с признанием права на переносимость персональных данных (*data portability*) и его закреплением в Общем Регламенте ЕС по защите данных 2016 года (GDPR)<sup>11</sup>. Переносимость данных подразумевает возможность переносить и повторно использовать информацию из одних приложений и информационных систем в другие, тем самым способствуя обмену данными (*data sharing*), и не допускать «запираания» (*lock-in*) информации в автономных, изолированных системах. Представляется, что с дальнейшим распространением цифровых платформ право на переносимость данных будет утверждаться и развиваться в законодательстве многих стран, поскольку оно тесно связано с защитой прав потребителей, свободой экономической деятельности, защитой конкуренции и иными правовыми институтами. Интероперабельность информационных систем, в свою очередь, является инфраструктурной основой для реализации права на переносимость данных.

С учетом специфики и разнообразия частных информационных систем обеспечение интероперабельности между частными субъектами следует

<sup>11</sup> Статья 20 GDPR устанавливает, что субъект персональных данных имеет право получать свои персональные данные, которые он направил оператору, в структурированном, широко используемом и машиночитаемом формате, а также имеет право беспрепятственно переносить эти данные от одного оператора к другому. При этом при наличии технической возможности перенесение персональных данных должно осуществляться напрямую от одного оператора к другому. См.: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). 2016. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (дата обращения: 27.07.2019)

стимулировать преимущественно средствами «мягкого права» (в форме добровольные стандарты, саморегулирования и т.п.), а не общеобязательными нормативными требованиями. В этом заключается отличие от правового обеспечения интероперабельности в частных отношениях от обеспечения интероперабельности в административных отношениях, нуждающихся в подробной нормативно-правовой регламентации.

Таким образом, интероперабельность в цифровой экономике приобретает не только техническое, но и более широкое социальное содержание. Ключевой областью развития интероперабельности является сфера взаимодействия органов публичной власти между собой, с гражданами и организациями. За счет оперативного информационного обмена, дистанционного взаимодействия и внедрения современных технологий обработки данных электронное государство выходит на новый уровень своего становления. Дальнейшее развитие электронного государства (переход к цифровому государству) и в целом к цифровой экономике с учетом прав и законных интересов участников общественных отношений требует выработки доктринальных подходов к правовому обеспечению интероперабельности, формирования методологии соединения технологий и права в новых технологических и социальных условиях.

## **2. Правовое обеспечение интероперабельности в сфере электронного здравоохранения**

Интероперабельность находится в тесной взаимосвязи с правом. В одних случаях эта взаимосвязь предполагает содействие интероперабельности правовыми средствами, в других — столкновение принципов интероперабельности с охраняемыми правом интересами. Правовые средства, способствующие развитию интероперабельности, включают в себя стандартизацию и техническое регулирование, законодательные требования к открытости, технологической нейтральности и информационной безопасности.

Столкновение принципов интероперабельности с охраняемыми правом интересами имеет место в сфере защиты персональных данных, обрабатываемых в интероперабельных информационных системах. Если в первом случае требуется выработка нормативного регулирования, стимулирующего интероперабельность, то во втором — необходимо обеспечение оптимального баланса интересов с учетом потребностей развития цифровой экономики и права на неприкосновенность частной жизни. С одной стороны, потребности цифровой экономики диктуют необходимость «высвобождения» информации, вовлечения ее в экономические процессы, усиления оборота данных. С другой стороны, в условиях цифровой экономики возрастают ри-

ски информационной безопасности и нарушения частной жизни граждан [Demetrius K., 2014: 259–290]. Обеспечение экономических интересов не должно осуществляться в ущерб интересам безопасности и правам граждан на неприкосновенность частной жизни.

## 2.1. Стандартизация

Стандарты играют ключевую роль в обеспечении интероперабельности. В документах ЕС<sup>12</sup> выделяются шесть этапов их внедрения: определение необходимых стандартов с учетом имеющихся потребностей; оценка выбранных стандартов на предмет их прозрачности, недискриминационности и т.п.; имплементация стандартов; мониторинг соблюдения стандартов; управление развитием стандартов; документирование стандартов и размещение их в открытых каталогах. Данные этапы являются универсальными и применимы к внедрению стандартов и спецификаций в разных отраслях, включая телемедицину. Такая сложная структура стандартизации призвана обеспечить прозрачность стандартов и предоставить возможность участия в их разработке любым заинтересованным лицам, обладающим необходимыми знаниями и компетенцией.

В сфере электронного здравоохранения различные международные сообщества разрабатывают стандарты взаимодействия информационных систем здравоохранения: «Интеграция организации здравоохранения» (Integrating the Healthcare Enterprise, IHE), «Панель стандартов информационных технологий в сфере здравоохранения» (Healthcare Information Technology Standards Panel, HITSP), «Седьмой уровень здравоохранения» (Health Level Seven, HL7) и др. [Oemig F., Snelick R., 2016: 73–156]. Применение широко распространенных стандартов интероперабельности позволит обеспечить совместимость информационных систем здравоохранения с используемым в телемедицине медицинским оборудованием и устройствами, производимых как в России, так и в других странах. Это позволит в большей степени обеспечить гражданам равный доступ к услугам электронного здравоохранения.

В Евросоюзе реализуются проекты по обеспечению соответствия продуктов и технических решений в сфере электронного здравоохранения международным, региональным и национальным стандартам<sup>13</sup>. В России также

<sup>12</sup> European Interoperability Framework. 2017. Available at: URL: [https://ec.europa.eu/isa2/sites/isa/files/eif\\_brochure\\_final.pdf](https://ec.europa.eu/isa2/sites/isa/files/eif_brochure_final.pdf) (дата обращения: 07.08.2019)

<sup>13</sup> См.: Paving the Way for e-Health Interoperability: The EURO-CAS Project Launches Today. 2017. Available at: URL: [http://www.ehealthnews.eu/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5130:paving-the-way-for-ehealth-interoperability-the-euro-cas-project-launches-today&catid=72:development&Itemid=229](http://www.ehealthnews.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=5130:paving-the-way-for-ehealth-interoperability-the-euro-cas-project-launches-today&catid=72:development&Itemid=229) (дата обращения: 28.07.2019)

приняты некоторые стандарты в сфере электронного здравоохранения (например, установлены правила ведения электронных записей о здоровье<sup>14</sup> и приняты национальные стандарты «Электронная история болезни»<sup>15</sup>, «Информатизация здоровья»<sup>16</sup>), однако требуется проделать еще долгий путь к обеспечению надлежащего уровня интероперабельности. В первую очередь стандартизация необходима в отношении используемых в телемедицине устройств и приложений [Purtova N., Kosta E., Koops B., 2015: 47–74].

В исследованиях, посвященных анализу телемедицинских приложений для мониторинга хронических заболеваний, отмечается «недостаток коммуникации между гетерогенными системами и их интеграции с электронными записями о здоровье пациентов», в связи с чем необходимо создать общую платформу взаимодействия разных приложений и обеспечить совместимость различных устройств для мониторинга за состоянием здоровья [Finet P., Le Bouquin Jeannès R., Dameron O., Gibaud B., 2015: 133–150]. Предлагаются модели интероперабельной инфраструктуры [Finet P., Le Bouquin Jeannès R., Dameron O., Gibaud B., 2018: 151–159] и оптимальные технические стандарты [Marcheschi P., 2017: 437–443] для достижения данных целей.

Толчком к развитию стандартов интероперабельности телемедицинских устройств и приложений может стать утверждение специальных государственных программ, содействующих разработке стандартов в сфере электронного здравоохранения с учетом успешного международного опыта.

## 2.2. Открытость

Тесно связанным со стандартизацией является требование открытости, которое применительно к интероперабельности проявляется в нескольких аспектах.

Во-первых, данное требование касается открытости стандартов в сфере информационного обмена<sup>17</sup>. Открытость предполагает участие всех заинтере-

---

<sup>14</sup> Приказ Минздрава России от 09.01.2018 N 2н «О внесении изменений в приказ Министерства здравоохранения Российской Федерации от 15 декабря 2014 г. N 834н «Об утверждении унифицированных форм медицинской документации, используемых в медицинских организациях, оказывающих медицинскую помощь в амбулаторных условиях, и порядков по их заполнению» (Зарегистрировано в Минюсте России 04.04.2018 N 50614) // СПС Консультант Плюс.

<sup>15</sup> ГОСТ Р 52636-2006. Национальный стандарт Российской Федерации. Электронная история болезни. Общие положения (утв. и введен в действие Приказом Ростехрегулирования от 27.12.2006 N 407-ст) // СПС Консультант Плюс.

<sup>16</sup> ГОСТ Р ИСО 21091-2017. Национальный стандарт Российской Федерации. Информатизация здоровья. Службы каталога поставщиков и субъектов медицинской помощи и других сущностей (утв. и введен в действие Приказом Росстандарта от 21.06.2017 N 570-ст) // СПС Консультант Плюс.

<sup>17</sup> Например, в Великобритании с 2013 года разрабатывается система открытых стандартов для правительства (open standards for government). См.: Open standards for government. 2019. Avail-

ресованных лиц в разработке, совершенствовании и общественном обсуждении стандартов/спецификаций, их доступность для любого лица, а также предоставление права на использование этих стандартов/спецификаций на честных, разумных и недискриминационных условиях (FRAND — fair, reasonable and non-discriminatory). В Основах обеспечения интероперабельности в ЕС (2017)<sup>18</sup> проводится аналогия с успешным опытом развития экосистемы сети Интернет на основе открытых стандартов/спецификаций, однако делается оговорка о возможном использовании закрытых (проприетарных) стандартов/спецификаций в тех случаях, где это разумно оправдано (например, в сфере электронного здравоохранения использование закрытых стандартов может диктоваться необходимостью обеспечения высоких стандартов информационной безопасности).

Во-вторых, открытость предполагает, что техническая инфраструктура информационного взаимодействия должна по возможности быть основана на открытом программном обеспечении (open source software), а государство, в свою очередь, должно оказывать поддержку сообществ разработчиков такого программного обеспечения. В российской правовой литературе также поддерживается позиция, что «использование свободного программного обеспечения имеет большое количество преимуществ и может обеспечить независимость формирования и обслуживания государственных баз данных». [Камышанская С.В., 2016: 87]. Однако в этом вопросе также стоит принимать во внимание проблемы информационной безопасности. Использование свободного программного обеспечения в электронном здравоохранении не должно ставить под угрозу стабильность информационных систем здравоохранения.

Еще один аспект открытости в контексте интероперабельности касается раскрытия открытых данных. Под открытыми данными в российском законодательстве понимается информация, размещаемая ее обладателями в Интернете в формате, допускающем автоматизированную обработку без предварительных изменений человеком в целях повторного ее использования<sup>19</sup>. На подзаконном уровне также разработаны типовые условия использования открытых данных<sup>20</sup>. В ЕС требования к раскрытию открытых данных

---

able at: URL: <https://www.gov.uk/government/publications/open-standards-for-government> (дата обращения: 07.08.2019)

<sup>18</sup> European Interoperability Framework. 2017. Available at: URL: [https://ec.europa.eu/isa2/sites/isa2/files/eif\\_brochure\\_final.pdf](https://ec.europa.eu/isa2/sites/isa2/files/eif_brochure_final.pdf) (дата обращения: 07.08.2019)

<sup>19</sup> Ч. 4 ст. 7 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

<sup>20</sup> Типовые условия использования общедоступной информации, размещаемой в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» в форме открытых данных (утв. протоколом заочного голосования Правительственной комиссии по координации деятельности открытого правительства от 19.09.2016 № 6) // СПС Консультант Плюс.

установлены в Директиве об открытых данных (2019)<sup>21</sup>, недавно сменившей Директиву об информации публичного сектора (2003)<sup>22</sup>. Правовой режим открытых данных имеет большое значение в контексте развития цифровой экономики, поскольку он позволяет ввести в экономический оборот большие объемы данных из публичного сектора. Однако, несмотря на важную роль открытых данных в контексте построения цифрового государства, идея распространения открытых данных в сфере телемедицины ввиду конфиденциального характера медицинской информации имеет ограниченное применение и касается, главным образом, общих статистических сведений в области здравоохранения. Существенная часть обрабатываемых в телемедицине данных носит чувствительный (конфиденциальный) характер, поэтому сообщение таких данных третьим лицам должно осуществляться в рамках иных правовых механизмов (в соответствии с законодательством о персональных данных и врачебной тайне).

### 2.3. Многоцелевое использование данных

Идея многоцелевого использования данных (reusability) ввиду специфики телемедицинской деятельности имеет ограниченное применение за пределами здравоохранения. Обмен данными возможен преимущественно внутри отрасли между разными ее участниками (например, между государственными и частными медицинскими организациями). Тем не менее, сама возможность многоцелевого использования ИТ-решений и данных как внутри, так и вне медицинской отрасли, должна быть заложена при построении интероперабельной архитектуры информационных систем, для чего необходимы соответствующие организационные, правовые и технические условия.

Правовые условия многоцелевого использования данных во многом связаны с устранением коллизий с законодательством о персональных данных. Одним из необходимых условий многоцелевого использования данных является долгосрочное хранение информации в целостном виде. Однако выполнение этого условия вступает в противоречие с требованием законодательства о персональных данных, предписывающим уничтожать данные по достижении целей их обработки (storage limitation principle). В телемедицине этот вопрос приобретает особую актуальность, поскольку в информационных системах здравоохранения в основном обрабатываются персональные данные пациентов. Названная коллизия нуждается в законодательном урегу-

---

<sup>21</sup> Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information. 2019. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1561563110433&uri=CELEX:32019L1024> (дата обращения: 27.07.2019)

<sup>22</sup> Directive 2003/98/EC of the European Parliament and of the Council of 17 November 2003 on the re-use of public sector information. 2003. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32003L0098> (дата обращения: 27.07.2019)

лировании таким образом, чтобы, с одной стороны, обеспечить долгосрочное хранение и доступ к информации, составляющей персональные данные, с другой — не допустить нарушение прав и законных интересов субъектов персональных данных.

В п. «е» пар. 1 ст. 5 Общего Регламента ЕС о защите данных (2016)<sup>23</sup> содержится исключение из принципа ограничения хранения данных, которое позволяет продолжать хранить данные исключительно в целях архивирования в публичном интересе, в исследовательских и статистических целях с принятием необходимых мер по защите прав и законных интересов субъектов персональных данных. В российском Федеральном законе от 27.07.2006 №152-ФЗ «О персональных данных»<sup>24</sup> подобное исключение непосредственно не закреплено, однако оно может быть выведено путем системного толкования законодательства. Есть основания полагать, что названное исключение не является универсальным основанием хранения любых персональных данных в целях многократного использования в контексте интероперабельности. Для хранения данных в указанных целях должно быть либо прямое указание федерального закона, либо непосредственное согласие субъекта персональных данных на такое долгосрочное хранение.

## 2.4. Интеграция информационных систем

Интеграция и расширение каналов взаимодействия информационных систем в сфере здравоохранения предполагает подключение к единой системе максимального количества поставщиков и пользователей медицинской информации. Модель взаимодействия информационных систем здравоохранения должна предусматривать возможность подключения к данной системе иных субъектов, занимающихся исследовательской деятельностью, предлагающих инновационные решения в сфере здравоохранения и т.п.

В России предприняты некоторые шаги к нормативно-правовому обеспечению интероперабельности в сфере электронного здравоохранения: в федеральном законодательстве установлены основы Единой государственной информационной системы в сфере здравоохранения (ЕГИСЗ)<sup>25</sup>; Прави-

<sup>23</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). 2016. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1564943268451&uri=CELEX:32016R0679> (дата обращения: 14.08.2019)

<sup>24</sup> СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3451.

<sup>25</sup> Федеральный закон от 29.07.2017 № 242-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам применения информационных технологий в сфере охраны здоровья» // СЗ РФ. 2017. № 31 (часть I). Ст. 4791.

тельством России разработаны Положение о ЕГИСЗ<sup>26</sup> и Правила взаимодействия информационных систем здравоохранения<sup>27</sup>.

Участниками информационного взаимодействия в рамках ЕГИСЗ являются оператор единой системы (Министерство здравоохранения РФ), поставщики информации в единую систему и пользователи информации, содержащейся в единой системе. ЕГИСЗ включает большое количество подсистем, в том числе различные реестры и регистры медицинских организаций, их работников, электронных документов; подсистемы мониторинга в сфере здравоохранения; подсистемы обезличивания персональных данных; защищенную сеть передачи данных; интеграционные подсистемы. Важную роль в обеспечении интероперабельности информационных систем здравоохранения выполняют интеграционные подсистемы. Данные подсистемы реализуют функции формирования единого хранилища данных, управления базами данных, обеспечения защиты информации (в том числе разграничения прав доступа пользователей единой системы), информационно-технологического взаимодействия подсистем между собой и с иными информационными системами, а также другие функции интероперабельности.

## 2.5. Технологическая нейтральность

Еще одним важным условием обеспечения интероперабельности является технологическая нейтральность (*technological neutrality*). Она предполагает минимизацию использования специфических технологий и установления специфических технических требований при оказании публичных услуг. Формат оказания услуг должен быть, по возможности, технологически независимым и способным адаптироваться к изменяющемуся технологическому контексту. Принцип технологической нейтральности как недопустимость установления каких-либо преимуществ применения одних информационных технологий перед другими закреплен в п. 8 ст. 3 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»<sup>28</sup>. Технологическая нейтральность в российской правовой доктрине рассматривается также как принцип электронного документоо-

---

<sup>26</sup> Постановление Правительства России от 05.05.2018 N 555 «О единой государственной информационной системе в сфере здравоохранения» // Официальный интернет-портал правовой информации. 2018. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 27.07.2019)

<sup>27</sup> Постановление Правительства России от 12.04.2018 № 447 «Об утверждении Правил взаимодействия иных информационных систем, предназначенных для сбора, хранения, обработки и предоставления информации, касающейся деятельности медицинских организаций и предоставляемых ими услуг, с информационными системами в сфере здравоохранения и медицинскими организациями» // СЗ РФ. 2018. № 17. Ст. 2491.

<sup>28</sup> СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

борота [Бородин М.В., 2016: 102–109]. Значение данного принципа состоит в недопустимости дискриминации технологий, в ограждении «участников оборота от возможной неопределенности правового регулирования, обусловленной устареванием правовых норм, «заточенных» под определенную технологию, и их неадекватностью применительно к новым жизненным реалиям» [Савельев А.И., 2015: 42–51]. В контексте электронного здравоохранения технологическая нейтральность имеет большое значение, поскольку в данной сфере используются устройства с различными техническими характеристиками, доступ к телемедицинским услугам возможен как с мобильных устройств, так и со стационарного компьютера, в перспективе возможно появление иных форм телемедицинской деятельности (например, связанные с внедрением технологии дополненной реальности).

## **2.6. Иные принципы**

Помимо стандартизации, открытости, технологической нейтральности, информационной безопасности комплексное обеспечение интероперабельности в электронном здравоохранении требует соблюдения иных требований: приоритета интересов пользователей, устранения административных барьеров и недопустимости дублирования сбора идентичной информации; требования инклюзивности и доступности; и др.

Приоритет интересов пользователей (*user-centricity*) предполагает учет потребностей и интересов граждан, выступающих потребителями телемедицинских услуг, в вопросах создания, развития сервисов и способов их предоставления. Среди прочего должна обеспечиваться многоканальность услуг (*multi-channel*) и возможность выбора пользователем среди альтернативных способов получения услуг (*no-wrong-door policy*). Развитие данной идеи в телемедицине предполагает недискриминационный характер личного обращения к врачу и дистанционного сеанса с использованием телемедицинских технологий, если для этого нет объективных препятствий.

Повышение роли пациента в управлении своими электронными записями о здоровье связано с развитием персонализированной медицины [Bodiroga-Vukobrat N., Rukavina D., Pavelić K., Sander G., 2016: 6]. Возможности персонализированной телемедицины способствуют не только реализации права граждан на охрану здоровья, но и исполнению обязанности граждан заботиться о состоянии своего здоровья, закрепленной в ст. 27 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации».

Оказание услуг должно по возможности осуществляться с минимальными административными барьерами, посредством режима «одного окна» (*single point of contact*). В той мере насколько это возможно и не ограниче-

но законодательными требованиями (в том числе нормами о защите персональных данных, о врачебной тайне), пользователь должен сообщать аналогичную информацию только однажды, а уже по системе информационного взаимодействия эта информация при необходимости должна передаваться иным структурам (организациям). При этом у пользователя допустимо запрашивать только ту информацию, которая необходима для получения услуги и не может быть получена из других источников.

В телемедицине большое значение имеет требование инклюзивности и доступности, которое подразумевает учет особенностей лиц с ограниченными возможностями и иными затруднениями при использовании электронных сервисами<sup>29</sup>. Реализация данного принципа способствует обеспечению равенства в доступе к медицинской помощи.

## Заключение

В Российской Федерации к настоящему моменту сделаны существенные шаги на пути к правовому обеспечению интероперабельности информационных систем здравоохранения и интеграции телемедицины в цифровую экономику страны. Однако интероперабельность предполагает не только изолированное взаимодействие информационных систем внутри одной отрасли, но и открытость взаимодействия с иными информационными системами (межотраслевому взаимодействию), архитектура которых также должна быть выстроена по аналогичным стандартам. Обеспечение интероперабельности должно строиться на общей стратегии, выступающей ориентиром для отраслевых стандартов (как это реализуется в ЕС). Общая стратегия развития интероперабельности должна быть направлена не только на обеспечение межведомственного электронного документооборота, а, главным образом, на утверждение новой модели государственного управления, основанной на общности целей и единстве форматов взаимодействия различных субъектов (как публичных, так и частных лиц). Такая стратегия требует комплексного подхода на общегосударственном уровне с участием в ее разработке и реализации всех заинтересованных сторон.

Дальнейшие шаги по нормативно-правовому обеспечению интероперабельности предполагают разработку и утверждение стандартов/специфи-

---

<sup>29</sup> Реализация данного принципа возможна, например, посредством предоставления законным представителям технической возможности действий от имени недееспособных лиц при информационном взаимодействии с субъектами телемедицинской деятельности. Такая возможность, помимо технического обеспечения, требует надлежащего юридического закрепления. Российское законодательство предусматривает возможность передачи информированного согласия на медицинское вмешательство в электронном виде законным представителем пациента (ч.7 ст. 20 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»).

каций в сфере информационного обмена, развитие принципов открытости, прозрачности, доступности и ряда других принципов интероперабельности, которым уделяется большое внимание в практике зарубежных стран. Эффективное взаимодействие информационных систем невозможно без комплексного решения целого ряда правовых вопросов, связанных с правовым режимом обработки персональных данных в публичных целях; правовым обеспечением многоцелевого использования персональных данных; уточнением правового режима открытых данных; определением правового режима данных, генерируемых без участия человека; закреплением правовых оснований обработки обезличенных персональных данных и др.



### Библиография

- Бородин М.В. О терминах и принципах в сфере электронного документооборота // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 2. С. 102–109.
- Камышанская С.В. Свободное программное обеспечение и информационная безопасность Российской Федерации // Власть закона. 2016. № 3. С. 87–95.
- Талапина Э.В. Правовое регулирование цифрового правительства в России: возможности учета требований ОЭСП // Государственная власть и местное самоуправление. 2018. № 3. С. 20–25.
- Терещенко Л.К. Услуги: государственные, публичные, социальные // Журнал российского права. 2004. № 10. С. 15–23.
- Ahlgren B., Hidell M., Ngai E. Internet of Things for Smart Cities: Interoperability and Open Data IEEE. Internet Computing, 2016, issue 6, pp. 52–56.
- Bodiroga-Vukobrat N., Rukavina D., Pavelić K., Sander G. Personalized Medicine. A New Medical and Social Challenge. New York: Springer, 2016. 278 p.
- Burleson W., Carrara S. (eds.) Security and Privacy for Implantable Medical Devices. Berlin: Springer, 2014. 205 p.
- Craft R. Toward Technical Interoperability in Telemedicine. Telemedicine and e-Health, 2005, no 3, pp. 384–404.
- Demetrius K. Privacy-Invasive Technologies and Privacy by Design: Safeguarding Privacy, Liberty and Security in the 21st Century. Information Technology and Law Series. Berlin: Springer, 2014. 338 p.
- Drexl J. Designing Competitive Markets for Industrial Data: Between Propertisation and Access. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, 2016, no 16–13, 70 p.
- Finet P., Le Bouquin Jeannès R., Dameron O., Gibaud B. Review of current telemedicine applications for chronic diseases. Toward a more integrated system? Innovation and Research in Bio Medical engineering, 2015, issue 3, pp. 133–157.
- Finet P., Le Bouquin Jeannès R., Dameron O., Gibaud B. Interoperable Infrastructure and Implementation of a Health Data Model for Remote Monitoring of Chronic Diseases with Comorbidities. Innovation and Research in Bio Medical engineering, 2018, issue 3, pp. 151–159.

Marcheschi P. Relevance of e-Health standards for big data interoperability in radiology and beyond. *La radiologia medica*, 2017, issue 6, pp. 437–443.

Oemig F., Snelick R. *Healthcare Interoperability Standards Compliance Handbook*. Berlin: Springer International Publishing, 2016. 662 p.

Purtova N., Kosta E., Koops B. *Laws and Regulations for Digital Health*. Fricker S., Thümler C., Gavras A. (eds.) *Requirements Engineering for Digital Health*. Springer, 2015, pp. 47–74.

---

## **Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 3**

### **Interoperability as Factor of Law Development in the Digital Economy (eHealth Case)**



**Michail Zhuravlev**

Lecturer, Department of General and Special Branches of Sciences, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitsky Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: mzhuravlev@hse.ru



#### **Abstract**

The development of eHealth in the digital economy requires a comprehensive information exchange between all stakeholders. This interaction is ensured through the interoperability of information systems, data, technical solutions, processes and management methods. In an interoperable information environment, a synergistic effect of interaction is achieved, in which each participant benefits from the use of data and increases the efficiency of their activities. Interoperability is necessary to create a single barrier-free information environment based on the principles of openness, transparency, reusability, technological neutrality, user-centricity, information security and privacy. The article reveals the principles of interoperability applicable to the field of e-Health with reference to the experience of the European Union where the concept of interoperability has been most developed. Each of the principles is examined through the prism of legal issues that need to be taken into account during their implementation. Particular attention is paid to standardization, information security requirements (including the security of medical devices and applications), conflict resolution between the principle of long-term storage of data for reuse and legislation on personal data. The article points out the positive steps towards the regulatory and legal support of the interaction of health information systems in the Russian Federation. Thus, the Russian legislation provides the framework for development of the Unified state health information system (EGISZ). However, it stresses the fact that interoperability should not be isolated (intra-industry). Interoperability in a broad sense means openness of interaction with other information systems (intersectoral interaction), the architecture of which should also be built on similar universal standards. This purpose reasons the need to develop a unified strategy for interoperability in the Russian Federation. Such a strategy requires an integrated approach at the national level and participation of all stakeholders in its development and implementation.



## Keywords

interoperability; data sharing; eHealth; telemedicine; information systems; standardization; information security.

**Acknowledgements:** The work is fulfilled as part of the Program of Fundamental Studies of the National Research University Higher School of Economics and with a subsidy as part of state support of the leading universities of Russia “5-100”.

**For citation:** Zhuravlev M.S. (2019) Interoperability as a Factor of Law Development in the Digital Economy (eHealth case). *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 98–116 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.98.116



## References

Ahlgren B., Hidell M., Ngai E. (2016) Internet of Things for Smart Cities: Interoperability and Open Data. *Internet Computing*, issue 6, pp. 52–56.

Bodiroga-Vukobrat N., Rukavina D., Pavelić K., Sander G. (2016) *Personalized Medicine. A New Medical and Social Challenge*. Berlin: Springer, 278 p.

Borodin M.V. (2016) On Concepts and Principles in the Sphere of Electronic Document Management. *Actualnye problemy rossiyskogo prava*, no 2, pp. 102–109 (in Russian)

Burleson W., Carrara S. (eds.) (2014) *Security and Privacy for Implantable Medical Devices*. Berlin: Springer, 205 p.

Craft R. (2005) Toward Technical Interoperability in Telemedicine. *Telemedicine and e-Health*, no 3, pp. 384–404.

Demetrius K. (2014) Privacy-Invasive Technologies and Privacy by Design: Safeguarding Privacy, Liberty and Security in the 21st Century. In: *Information Technology and Law Series*. Berlin: Springer, 338 p.

Drexler J. (2016) Designing Competitive Markets for Industrial Data: Between Propertisation and Access. *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, no 16, 70 p.

Finet P., Le Bouquin Jeannès R., Dameron O., Gibaud B. (2015) Review of current telemedicine applications for chronic diseases. Toward a more integrated system? *Innovation and Research in Bio Medical Engineering*, issue 3, pp. 133–157.

Finet P., Le Bouquin Jeannès R., Dameron O., Gibaud B. (2018) Interoperable Infrastructure and Implementation of a Health Data Model for Remote Monitoring of Chronic Diseases with Comorbidities. *Innovation and Research in Bio Medical Engineering*, issue 3, pp. 151–159.

Kamyshanskaya S.V. (2016) Open Software and Information Security of the Russian Federation. *Vlast' zakona*, no 3, pp. 87–95 (in Russian)

Marcheschi P. (2017) Relevance of eHealth Standards for Big Data Interoperability in Radiology and beyond. *La radiologia medica*, issue 6, pp. 437–443.

Oemig F., Snelick R. (2016) *Healthcare Interoperability Standards Compliance Handbook*. Berlin: Springer, 662 p.

Purtova N., Kosta E., Koops B. (2015) Laws and Regulations for Digital Health. In: Fricker S., Thümmler C., Gavras A. (eds.) *Requirements Engineering for Digital Health*. Dordrecht: Springer, pp. 47–74.

Talapina E.V. (2018) Legal Regulation of Digital Government in Russia: Possibility of OECD Requirements Implementation. *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie*, no 3, pp. 20–25 (in Russian)

Tereschenko L.K. (2004) Services: State, Public, Social. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 10, pp. 15–23 (in Russian)

# Понятие и виды причинения в уголовном праве

---

 **И.Ю. Янина**

доцент кафедры уголовного права Московского государственного областного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 105005, Российская Федерация, Москва, ул. Радио, 10А, стр. 1. E-mail: yanina\_i@bk.ru

---

## **Аннотация**

Статья посвящена правовой природе причинения в уголовном праве. Уголовно-правовое причинение, будучи самостоятельным уголовно-правовым явлением, рассматривается с позиции преступного, исключающего уголовную ответственность или некриминализованного деяния, повлекшего социально значимый вред и социально значимые изменения в общественных отношениях, находящихся под охраной уголовного закона. Дифференцируются такие понятия, как «объект уголовно-правовой охраны» и «объект преступления». Констатируется, что преступное деяние влечет вред в объекте уголовно-правовой охраны, а также в объекте преступления, в то время как исключающее уголовную ответственность и некриминализованное деяние — только в объекте уголовно-правовой охраны. Социально значимый вред в объекте уголовно-правовой охраны и социально-значимые изменения в объекте уголовно-правовой охраны признаются признаками причинения. Предлагается термины «преступные последствия», «преступный результат», «общественно опасные последствия», «общественно опасный результат» употреблять в контексте признаков объективной стороны преступления и состава преступления; термины «преступный вред», «общественно опасный вред» — признаков объекта преступления. Формулируется авторское определение понятия причинения в уголовном праве. Причинение подразделено автором на три основных вида: преступное причинение; непроступное (исключающие уголовную ответственность и некриминализованное); смешанное (специальное). Основанием классификации является негативное воздействие на общественные отношения, охраняемые уголовным законом, в результате совершения деяния-причинения. Преступное причинение характеризуется признаками преступления и составов преступлений, предусмотренных Уголовным кодексом. Непреступное причинение состоит из: исключающих уголовную ответственность деяний, и некриминализованных деяний, повлекших социально значимый вред и социально значимые изменения в объекте уголовно-правовой охраны. Смешанное причинение образуют деяния, в которых сочетаются признаки и преступных, и непроступных видов причинения. Смешанное причинение представлено специальными видами — посредственным и неосторожным причинением.

---

## **Ключевые слова**

уголовно-правовое причинение; объект уголовно-правовой охраны; объект преступления; преступное деяние; деяние, исключающее уголовную ответственность; некриминализованное деяние; посредственное причинение; неосторожное причинение.

---

**Для цитирования:** Янина И.Ю. Понятие и виды причинения в уголовном праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 117–137.

УДК: 343

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.117.137

## **Введение**

«Причинение» как понятие науки уголовного права произошло от философской категории «причинность». В философии причинность — это «одна из наиболее характерных категорий классического рационализма и механического мировоззрения, при помощи которой обозначается объективная, необходимая, генетическая, последовательная во времени связь между двумя явлениями или событиями, предшествующее из которых называется причиной, а последующее — следствием» (Кузнецова В.Г., 2005).

Представители дореволюционного этапа российской уголовно-правовой теории, в частности Г.Е. Колоколов, рассматривали наряду с философским пониманием причинности еще и особое понятие «причинность» в уголовно-правовом аспекте (Колоколов Г.Е.). С.В. Познышев такую позицию находил ошибочной, полагая, что подобное утверждение ни на чем не основано и грозит только путаницей понятий (Познышев С.В., 1912). В советской доктрине А.А. Пионтковский вовсе считал антинаучной любую попытку создания в праве «особого понимания причинности, отличного от понимания причинности диалектического материализма» (Пионтковский А.А.).

Н.А. Лопашенко точно подчеркивает, что «уголовно-правовая наука не изобретает своего собственного понятия «причинная связь» и пользуется тем, которое разработано в философии» (Лопашенко Н.А.). В.Н. Кудрявцев был согласен с тем, что проблема причинности должна решаться одинаково как в уголовном праве, так и в других отраслях права [Кудрявцев В.Н., 1960: 210]. А.Ю. Кошелева убеждена, что в силу специфики предмета доктрины уголовного права «понятие причинной связи наполняется собственным содержанием... но не меняет философской принадлежности самого общего понятия о причинности и о причинной связи» [Кошелева А.Ю., 2005: 98].

## **1. Основные подходы к определению понятия «причинение» в уголовном праве**

С точки зрения лингвистического подхода в уголовном праве «причинение» можно относить к числу признаков объективной стороны преступления и состава преступления — *причинной связи*. Традиционно в уголовно-

правовой доктрине наряду с термином «причинная связь» употребляется термин-синоним — причинно-следственная связь. Именно по такому пути толкования слова «причинение» пошли Э.В. Суслин и В.Б. Малинин [Суслин Э.В., Малинин В.Б., 2013: 72], используя конструкцию «причинение» в том же значении, что и конструкцию «причинная связь». Следует оговориться, что некоторые ученые применительно к признаку объективной стороны составов преступлений с материальной законодательной конструкцией помимо термина «причинная связь» употребляют такие формулировки, как «причинно-следственная связь» [Быкова Е.Г., 2015: 71], «причинность» [Соктоев З.Б., 2014: 151–152] и «причинение» [Суслин Э.В., Малинин В.Б., 2013: 72].

Исследователи предлагают весьма схожие определения «причинной связи» или «причинно-следственной связи» (Комиссаров В.С.). Так, например, И.Я. Козаченко — «объективно существующую всеобщую и необходимую связь, в результате которой одно явление (причина) при определенных условиях с необходимостью вызывает, порождает другое явление (следствие)» (Козаченко И.Я.).

Принципиальная разница между дефинициями «причинная связь» и «причинно-следственная связь» не подтверждается не только уголовно-правовой доктриной, но и судебной практикой, где «нить» между общественно опасным действием (бездействием) и преступным результатом именуется и причинной связью<sup>1</sup>, и причинно-следственной связью<sup>2</sup>.

Обзор 427 изученных нами уголовных дел о преступлениях с материальными составами, которые рассматривались районными судами Республики Мордовия за период с 2010 по 2017 годы, показал, что понятие «причинно-следственная связь» субъектами правоприменения использовалось в 127 случаях, в отличие от понятия «причинная связь», которая нам встретилась в 307 уголовных делах. Кроме этого, в разъяснительных документах Верховного Суда Российской Федерации, в которых содержатся рекоменда-

<sup>1</sup> См., напр.: Апелляционное определение от 30.09.2014 по делу № 2-20/2014 Верховного Суда Российской Федерации; Апелляционное определение от 8.10.2014 по делу № 2-34/14 Верховного Суда Российской Федерации; Апелляционное определение от 29.10.2014 по делу №2-18/14 Верховного Суда Российской Федерации; Определение от 28.10.2014 по делу № 2-57/14 Верховного Суда Российской Федерации; Приговор от 25.12.2015 по делу №1-57/2015 Краснослободского районного суда Республики Мордовия; Приговор от 16.03.2016 по делу № 1-69/2016 Ленинского районного суда Саранска. Все материалы из: URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 17.08.2019)

<sup>2</sup> См., напр.: Апелляционное определение от 15.10.2014 по делу № 2-9/14 Верховного Суда Российской Федерации; Апелляционное определение от 16.10.2014 по делу № 2-56/14 Верховного Суда Российской Федерации; Апелляционное определение от 23.10.2014 по делу N 2-08/14 Верховного Суда Российской Федерации; Приговор от 16.03.2016 по делу N 1-36/2016 Рузаевского районного суда; Приговор от 19.05.2016 по делу №1-15/2016 Кочкуровского районного суда Республики Мордовия. Все материалы из: URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 17.08.2019)

ции по применению норм уголовного законодательства, употребляется категория «причинная связь»<sup>3</sup>.

Так сложилось, что при квалификации противоправных деяний «причинная связь» подлежит установлению только в материальных составах преступлений. В уголовно-правовой доктрине, в частности, А.Н. Трайниным, уже говорилось, что причинная связь является элементом каждого состава преступления. Советский ученый считал, что утверждение о том, что причинная связь отсутствует в формальных составах преступлений, подрывает общий принцип основания уголовной ответственности — наличие в содеянном виновным всех признаков состава преступления (Трайнин А.Н.). По мнению П.С. Яни, «в преступлениях, составы которых принято называть формальными... вред не лежит за пределами состава, он — «внутри» него» [Яни П.С., 2001: 38]. И.А. Анисимова отмечает, что в формальных составах преступлений упоминание о вреде позволяет существенно экономить текст закона [Анисимова И.А., 2006: 21]. А.Ю. Кошелева полагает, что «причинная связь «заложена» в формальный состав преступления законодателем (*курсив авт.* — И.Я.)» [Кошелева А.Ю., 2005: 95–96]. Причинная связь, на наш взгляд, свойственна любому составу преступления (материальному, формальному либо усеченному), предусмотренному статьей Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ), ибо, как указывала Н.Ф. Кузнецова, «отрицание последствия как обязательного элемента состава приводит к аннулированию и объекта» [Кузнецова Н.Ф., 1958: 33].

Позиция Н.Ф. Кузнецовой подтверждается в следующем судебном случае. Так, приговором Октябрьского городского суда Республики Башкортостан А. осужден по ч. 1 ст. 163 УК РФ. А., находясь возле подъезда, с целью незаконного материального обогащения, потребовал от М. передачи денежных средств, угрожая применением физического насилия. М., опасаясь за свое

---

<sup>3</sup> См., напр.: Постановление Пленума Верховного Суда России от 23.06.1991 № 1 «О судебной практике по делам о нарушениях правил охраны труда и безопасности при ведении горных, строительных или иных работ» // Сборник постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации. 1961–1993. М., 1994; Постановление Пленума Верховного Суда России от 5.06.2002 N 14 «О судебной практике по делам о нарушении правил пожарной безопасности, уничтожении или повреждении имущества путем поджога либо в результате неосторожного обращения с огнем» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. N 8; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 N 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. N 8; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 N 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. N 12; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 9.12. 2008 N 25 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. N 2.

здоровье, дал обещание на передачу денежных средств, которое не смог выполнить ввиду их отсутствия. А. продолжил требовать у М. денежные средства, угрожая применением насилия, ввиду чего М. согласился на передачу денежных средств и обратился в правоохранительные органы с заявлением<sup>4</sup>.

Действие А. послужило причиной создания опасности причинения М. физического и материального вреда. Здесь последствие [Мальцев В.В., 2010: 14] содеянного А. состоит в угрозе причинения М. вреда здоровью, а также имущественного ущерба в размере вымогаемой суммы. Вероятно, физический вред выражался в угрозе нанесения побоев либо причинении легкого вреда здоровью. В противном случае (если речь шла об иной форме физического насилия), содеянное А. подлежало бы дополнительной квалификации по ст. 115 или ст.116 УК РФ и т.п.

В случае с А. характер его угрозы не подлежит самостоятельной уголовно-правовой оценке, т.е. «правопорядок пострадал в степени, которая не присуща преступлению» [Соктоев З.Б., 2014: 11]. В связи с этим абсолютно верна точка зрения, согласно которой причинную связь необходимо выявить в каждом случае, а впоследствии дать ей правильную правовую оценку (Козаченко И.Я.).

Причинная связь присуща преступлениям с формальной законодательной конструкцией, совершаемых не только путем активных действий, но и путем бездействия [Зимирева Н.А., 2016: 103–104]; [Церетели Т.В., 1963: 193], поскольку «бездействие, как и действие, выступает формой поведения лица, совершившего преступление» (Кузнецова Н.Ф., Тяжкова И.М.).

Нужно сказать, что далеко не все ученые-криминалисты признают причинную связь при бездействии<sup>5</sup>. Так, Э.Я. Немировский рассуждал следующим образом: «Если бездействие есть ничто, то ничего произвести оно не может, следовательно, не может быть причиной» (Немировский Э.Я.). Э.В. Суслин и В.Б. Малинин утверждают, что при бездействии «ответственность наступает не за последствия, а за сам факт бездействия как за допущение этих последствий, наступивших от иных причин» [Суслин Э.В., Малинин В.Б., 2013: 75]. Показательно, что законодатель предусматривает возможность совершения формального состава преступления в форме бездействия (например, ст. 157 УК РФ «Неуплата средств на содержание детей или нетрудоспособных родителей»).

Приведем пример из судебной практики. Приговором мирового судьи судебного участка Ромодановского района К. осужден по ч. 1 ст. 157 УК РФ. К., являясь трудоспособным, знал об обязанности выплачивать алименты

<sup>4</sup> См.: Приговор от 19.05.2016 по делу N 1-102/2016 Октябрьского городского суда Республики Башкортостан. URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 15.08.2019)

<sup>5</sup> См., напр. [Арутюнов А.А., 2013: 87]

на содержание несовершеннолетней дочери. В результате бездействия К. на содержание ребенка не были выплачены текущие алиментные платежи в размере 66 376 руб. 66 коп. Прокурор посчитал назначенное наказание несправедливым и подал апелляционное представление<sup>6</sup>.

В результате бездействия К. причинен имущественный вред несовершеннолетней В. и ее законному представителю на сумму, превышающую 66 000 руб. Данное общественно опасное последствие не является обязательным признаком состава ст. 157 УК РФ, поскольку преступление окончено с момента неуплаты родителем без уважительных причин алиментных обязательств. При этом наступление преступного вреда повлияло на размер наказания, назначенного К. Таким образом, между бездействием К. и имущественным вредом имеется причинная связь, которая не влияет на факт привлечения К. к уголовной ответственности, но учитывается при назначении наказания.

Как указывал А.А. Тер-Акопов, причинная связь — это понятие, выходящее далеко за пределы конструктивного элемента объективной стороны состава преступления. Установление причинной связи требуется между «назначаемым наказанием и обстоятельствами совершения преступления, данными и личности виновного» (Тер-Акопов А.А.). Подобных взглядов придерживается и З.Б. Соктоев, указывая, что предметом учения о причинной связи является признак состава преступления, а методологическое значение причинности «в уголовном праве не исчерпывается исключительно объективной стороной преступления». В продолжение своей идеи исследователь дифференцирует понятия «объективная сторона преступления» и «объективная сторона состава преступления» [Соктоев З.Б., 2014: 144].

Как отмечено выше, некоторые авторы (Козаченко И.Я.); [Соктоев З.Б., 2013: 151] в контексте интересующего нас признака объективной стороны состава преступления с материальным составом пользуются не только категориями «причинная связь» или «причинно-следственная связь», но и понятием «причинность», которая, будучи философской дефиницией, в уголовном праве толкуется, как «любая закономерная зависимость между различными процессами и явлениями» (Кудрявцев В.Н., Эминов В.Е.). Из их определения видно, что с помощью широкого понимания термина «причинность» вполне можно объяснить связь запрещенного уголовным законом деяния (причиной) с наступившим преступным результатом (следствием).

В связи с этим уголовно-правовое предназначение категорий «причинная связь» и «причинно-следственная связь» связано исключительно с признаком объективной стороны составов преступлений с материальной законо-

---

<sup>6</sup> Апелляционное постановление N 10-2/2015 от 4.03.2015 Ромодановского районного суда Республики Мордовия. URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения 15.08.2019)

дательной конструкцией. В свою очередь «причинность» является родовым понятием категорий «причинение», «причинная связь» и «причинно-следственная связь», поскольку «причинность» в уголовном праве — это конкретное отношение причинения, т.е. связи между причиной и следствием [Соктоев З.Б., 2014: 12]. «Причинению» отведена роль действия (Балашов С.К.). Думается, что правильнее в качестве формы причинения рассматривать не только действие, но и бездействие.

## 2. Виды причинения в уголовном праве

Системное интерпретирование признаков объективной стороны составов преступлений, изложенных в нормах Особенной части уголовного закона, позволяет утверждать, что термин «причинение» выходит за рамки объективной стороны определенных составов преступлений<sup>7</sup>, например, при толковании оборота «объективное вменение»; как синоним к слову «деяние» (Гоббс Т.) при характеристике преступлений (например, понятия «убийство») и обстоятельств, при наличии которых уголовная ответственность не наступает, расположенных в главе 8 УК РФ [Пархоменко С.В., 2004: 87]; для обозначения преступного результата, наступившего вследствие совершенного общественно опасного деяния — «причинение вреда» и «угроза причинения вреда» (при описании объективной стороны составов экологических преступлений), «причинение физических страданий» (ст. 117 УК РФ), «причинение смерти» (ст. 109 УК РФ), «причинение крупного ущерба» (ст. 263<sup>1</sup> УК РФ) и т.п.

Представляется, что понимание причинения как деяния позволяет охватить иные вышеприведенные комбинации, поскольку «деяние не может признаваться преступлением, если оно не нарушает общественных отношений или не ставит их под угрозу нарушения» (Чучаев А.И.). Общественные отношения, охраняемые уголовным законом, помимо преступления, могут быть нарушены непроступным деянием — исключаящим уголовную ответственность либо вовсе некриминализованным. Например, причинение смерти невиняемым лицом неблагоприятно воздействует на право на жизнь, т.е. на общественное отношение, являющееся структурным компонентом объекта уголовно-правовой охраны.

Б.Т. Разгильдиев, справедливости ради, рассматривает объект уголовно-правовой охраны в качестве одного из неотъемлемых структурных элемен-

<sup>7</sup> Подобную позицию заняли 122 (70,1%) опрошенных нами ученых-криминалистов. В опросе приняло участие 174 респондента, занимающихся проблемами Общей и Особенной частей уголовного права (в том числе 81 исследователь, имеющий ученую степень кандидата наук и 34 — доктора наук).

тов уголовно-правовой охраны в целом [Разгильдиев Б.Т., 1994: 17]. Б.В. Яценко объектом уголовно-правовой охраны признает «круг социальных ценностей», перечисленных в ч. 1 ст. 2 УК РФ (Яценко Б.В.).

В доктрине часто отождествляют понятия «объект уголовно-правовой охраны» и «объект преступления» [Винокуров В.Н., 2010: 58]. Более того, В.Д. Филимонов убежден, что разграничение данных конструкций «необоснованно и способно принести вред» [Филимонов В.Д., 2003: 16]. Основания и критерии выбора объектов уголовно-правовой охраны предопределяются конкретизацией объекта преступления [Коржанский Н.И., 1980: 28]. Именно поэтому мы разделяем позицию тех исследователей, которые дифференцируют соответствующие термины (Жалинский А.Э.).

Сторонники первой позиции («объект уголовно-правовой охраны» = «объект преступления»), как правило, именуют объектом уголовно-правовой охраны еще ненарушенные социальные ценности, предусмотренные в ч. 1 ст. 2 УК РФ, которые в результате преступного воздействия становятся объектом преступления (Козаченко И.Я.); [Мартыненко Н.Э., 2014: 128–129]. В.Д. Филимонов полагает, что, если по объему объект уголовно-правовой охраны выйдет за пределы объекта преступления, «такое обстоятельство не может определять основание уголовной ответственности» [Филимонов В.Д., 2003: 20].

С позицией В.Д. Филимонова вряд ли можно согласиться. Как отмечает С.А. Якунина, деяние, не влекущее уголовной ответственности, «причиняет вред объекту уголовно-правовой охраны» [Якунина С.А., 2005: 10]. В связи с этим становится очевидным, что по содержанию категория «объект уголовно-правовой охраны» значительно превосходит категорию «объект преступления»; объекты уголовного права охраняются «не только от преступлений, но и от общественно опасных действий невменяемых ...» (Демидов Ю.А.).

Положительный момент более широкого смыслового понимания термина «объект уголовно-правовой охраны» состоит в том, что оно является универсальным определением, при помощи которого представляется возможным объяснить вред, возникший в том или ином объекте, находящемся под охраной уголовного закона, в результате осуществления не только преступного, но и не преступного деяния.

Как видим, преступление является не единственным источником причинения вреда объекту уголовно-правовой охраны. Деяния, исключая уголовную ответственность, и некоторые некриминализованные деяния также порождают негативные изменения в объекте уголовно-правовой охраны. Разница лишь в том, что при наличии преступного деяния объект уголовно-правовой охраны «перерастает» в объект преступления; при наличии исключаящего уголовную ответственность или некриминализованного деяния причиненный вред не выходит за пределы объекта уголовно-правовой охраны.

Преступное деяние причиняет вред объекту уголовно-правовой охраны и объекту преступления; исключаящее уголовную ответственность либо некриминализованное деяние — объекту уголовно-правовой охраны (см. схему). Содержание последствий, наступивших в результате совершения непроступного деяния (исключающего уголовную ответственность и некриминализованного), одинаково с содержанием последствий, вызванных осуществлением преступного деяния.

#### Схема

#### Уголовно-правовое причинение

<b>преступное деяние</b>	→	вред в объекте уголовно-правовой охраны
	→	вред в объекте преступления
исключающее уголовную ответственность деяние	→ }	вред в объекте уголовно-правовой охраны

Следует признать справедливость утверждения, что «понятие объекта уголовно-правовой охраны, напрямую зависит от концепции объекта преступления, которую разделяет тот или иной теоретик-правовед» (Верина Г.В.). Проблема объекта преступления является куда более разработанной в сравнении с учением об объекте уголовно-правовой охраны.

В науке уголовного права существует семь основных концепций объекта преступления: объект преступления — общественные отношения (Коробев А.И.); блага [Наумов А.В., 1996: 147]; ценности (Мальцев В.В.); человек [Новоселов Г.П., 2001: 76]; интерес (Каиржанов Е.К.); норма права (Спасович В.Д.); общественные отношения и благо, или ценности, или интерес (Соломоненко И.Г.). Не имея возможности детального анализа данных теорий объекта преступления в рамках настоящей статьи, отметим, что мы являемся сторонниками учения об объекте преступления как общественных отношений, по двум основным причинам, на которые указывает А.В. Голикова. Во-первых, данная теория «объединяет все остальные подходы», а во-вторых, при таком понимании объекта преступления представляется возможным «объяснить механизм причинения вреда объекту, как разрыв связи между субъектами отношения и последующим его разрушением» (Голикова А.В.).

Классическое определение объекта преступления звучит следующим образом: объект преступления — это общественные отношения, которым причиняется вред или создается угроза причинения такого вреда в результате совершения деяния, запрещенного уголовным законом (Иванов Н.Г.).

Применительно к объекту уголовно-правовой охраны, на наш взгляд, следует использовать приведенное понятие объекта преступления, но с той оговоркой, что вред в объекте уголовно-правовой охраны возникает в случае совершения преступления, деяния, исключаящего уголовную ответственность, и некриминализованного деяния, которые неизбежно влекут неблагоприятные последствия в структурных компонентах охраняемых уголовным законом общественных отношений.

Оговоримся, что исследователи используют понятие «вред» преимущественно при формулировании терминологического оборота «преступное последствие» (Тимейко Г.В.). Подавляющее большинство ученых считает, что преступное последствие — это причинение вреда объектам уголовно-правовой охраны (Кузьмин В.А.); вредные (негативные) изменения в объектах уголовно-правовой охраны (Лопашенко Н.А.); реальный вред (ущерб), причиняемый объекту уголовно-правовой охраны (Кобзева Е.В.). Как указывает Г.П. Новоселов, «существующие ныне взгляды на понятие вреда едины, пожалуй, лишь в одном: в том, что преступный вред (преступный ущерб) и последствия преступления (преступные последствия) — это тождественные понятия» (Новоселов Г.П.).

На наш взгляд, конструкции «преступные последствия», «преступный результат», «общественно опасные последствия», «общественно опасный результат» необходимо рассматривать в качестве признаков объективной стороны преступления и состава преступления; конструкции «преступный вред», «общественно опасный вред» — объекта преступления.

Вред в объекте уголовно-правовой охраны возникает вследствие совершения преступных, исключаящих уголовную ответственность, и некриминализованных деяний. К примеру, осуществление невменяемым объективной стороны деяния, запрещенного статьей Особенной части УК РФ, хотя и не является общественно опасным, но влечет негативные изменения в общественных отношениях, находящихся под охраной уголовного закона. При этом законодатель применительно к деяниям таких лиц оперирует именно дефиницией «общественно опасное деяние» (ст. 21 УК РФ).

В связи с этим не без оснований многие авторы ставят под сомнение правильность использования понятия «общественно опасное деяние» применительно к деяниям несубъектов деяния, запрещенного уголовным законом. Подчеркивается, что смысл термина «общественно опасное деяние» неодинаков по отношению к преступлению и к деянию лица, не подлежащего уголовной ответственности (Ветошко Е.П., Подоляко В.П., Ефремов М.И.). Другие ученые, по всей вероятности, следуя логике законодателя, предпочитают называть деяния несубъектов общественно опасными [Гарбатович Д.А., 2016: 44].

Более убедительна позиция исследователей, которые считают, что несубъекты не осуществляют общественно опасных деяний. Так, по мнению В.Д. Филимонова, лицо, не отвечающее признакам надлежащего субъекта, не может совершить общественно опасное деяние, поскольку «сущность преступления состоит в высокой степени противопоставления личных интересов интересам других лиц, общества или государства» (Филимонов В.Д.). Нужно понимать, что осуществление общественно опасного деяния означает, что выполнено именно преступное, а не иное действие либо бездействие, повлекшее вред в объекте уголовно-правовой охраны. При этом Верховный Суд России констатирует иную позицию на этот счет, используя словосочетание «общественно опасное посягательство» применительно к деяниям, совершенным при наличии условий правомерности необходимой обороны<sup>8</sup>.

Когда вред объектам уголовно-правовой охраны причиняется деяниями несубъектов, нельзя говорить об общественно опасном деянии. Содеянное несубъектами, в частности, невменяемыми, как отмечал И.С. Ной, «не подлежит ни нравственной, ни юридической оценке» ввиду того обстоятельства, что деяния таких лиц относятся к неразумной форме поведения (Ной И.С.). Деяние, совершенное несубъектом, по убеждению В.В. Мальцева, «не общественно опасно (лишь общественно вредно), ибо таковое охватывает собой только поверхностные, внешние ... признаки общественной опасности». В.В. Мальцев применительно к деяниям несубъектов отказывается от категории «общественно опасное деяние», но причиненный такими лицами вред характеризует все же через лингвистический оборот «общественно опасный» (Мальцев В.В.).

В целом понятие «общественно вредное деяние», предложенное В.В. Мальцевым, пригодно для объяснения деяний, причиняющих вред объектам уголовно-правовой охраны, но не являющихся преступлениями. Тем не менее в контексте уголовно-правового причинения термин «общественно вредное деяние» невозможно употреблять к непроступным видам причинения, которые совпадают с предусмотренными в главе 8 УК РФ обстоятельствами, исключающими преступность деяния. В доктрине уголовного права принято считать, что некоторые обстоятельства, исключающие преступность деяния (к примеру, обоснованный риск), являются социально полезными. Также было бы неправильно характеризовать вред и изменения в объекте уголовно-правовой охраны через конструкции «общественно опасный». Поэтому необходимо выбрать универсальный термин, при помощи которо-

<sup>8</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.09.2012 № 19 «О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 11.

го будет возможно характеризовать преступное, исключаящее уголовную ответственность и некриминализованное деяние, к примеру, — «социально значимое деяние». Здесь нельзя не согласиться с М.И. Ковалевым в том, что социально значимые явления могут быть и социально полезными, и социально вредными (Ковалев М.И.).

Применительно к уголовно-правовому причинению социально значимые (полезные) события — это непроступные (исключающие уголовную ответственность на основании ст. 37–42 УК РФ) деяния, повлекшие социально значимый вред и социально значимые изменения в объекте уголовно-правовой охраны; социально значимые (вредные) события — преступные и непроступные (исключающие уголовную ответственность на основании ст. 10, ч. 2 ст. 14, ст. 20, 21, 28, 31 УК РФ и некриминализованные) деяния, повлекшие социально значимый вред и социально значимые изменения в объекте уголовно-правовой охраны.

Основное отличие негативного воздействия преступления на общественные отношения, охраняемые уголовным законом, от воздействия на правоохраняемые общественные отношения причинения состоит в том, что во всех случаях неблагоприятное изменение в объекте уголовно-правовой охраны, вызванное преступлением, влечет наступление уголовной ответственности. При причинении уголовная ответственность возникает только в случае совершения преступного деяния; непроступное деяние (исключающее уголовную ответственность и некриминализованное), исключает таковую.

Понимание причинения с позиции деяния может сыграть своего рода роль «инструмента» в вопросе криминализации или декриминализации. Здесь нельзя не согласиться с Н.А. Лопашенко, что «критерий достаточной общественной опасности соблюдается далеко не всегда», и, как следствие, «под уголовно-правовую охрану ставятся те отношения, которые вовсе не требуют уголовно-правовой реакции, не достигая уровня объекта уголовно-правовой охраны». Если окажется, что деяние, запрещенное статьей Особенной части УК РФ, фактически не влечет социально значимого вреда и социально значимых изменений в объекте уголовно-правовой охраны, то целесообразно поставить вопрос о его декриминализации. И, наоборот, если деяние, не запрещенное уголовным законом под угрозой наказания, влечет социально значимый вред и социально значимые изменения в объекте уголовно-правовой охраны, то следует задуматься о его криминализации.

Степень общественной опасности некоторых деяний, предусмотренных Особенной частью уголовного закона (например, ст. 136, 191, 192 УК РФ), «явно недостаточна по сравнению с той, которой должно обладать преступление»; с совершением таких преступлений возможно бороться не уголовно-правовыми средствами, а мерами административной, гражданской или дисциплинарной ответственности [Лопашенко Н.А., 2009: 110–111]. Кроме

этого, еще в период действия советского уголовного законодательства Е.А. Фролов был убежден, что деяниям, не сопряженным с причинением вреда, нет места в тексте уголовного закона (Фролов Е.А.).

Список деяний, оформленных законодателем в качестве преступлений, которые не способны нанести вред объектам уголовно-правовой охраны, целесообразно расширить. К подобным деяниям следует отнести составы преступлений с административной преюдицией (например, ст. 151<sup>1</sup>, 158<sup>1</sup>, 264<sup>1</sup> УК РФ). Степень причинения вреда, возникшего в объекте уголовно-правовой охраны, настолько незначительна, что деяния являются в первую очередь административными правонарушениями; их повторение не повышает общественной опасности содеянного в целом.

Законодатель закономерно расположил соответствующие нормы сначала в Кодексе об административных правонарушениях и только потом — в уголовном законе. Повторное совершение аналогичных деяний не причиняет большого вреда объектам уголовно-правовой охраны, поэтому составы с административной преюдицией в целом «незаслуженно» признаются преступными, ибо, как отмечено Н.Ф. Кузнецовой, «сто кошек не могут образовать одного тигра» (Кузнецова Н.Ф.).

Разумеется, логика признания законодателем некоторых повторно осуществленных деяний, являющихся административными правонарушениями, понятна — это их предупреждение. По нашему мнению, несмотря на то, что административным и уголовным законодательством регулируются во многом схожие общественные отношения, преступление всегда опаснее, чем иное правонарушение.

Приведем другой пример с деянием, заключающимся в неправомерной передаче управления транспортным средством и повлекшим смерть одного или нескольких лиц. В соответствии с действующим уголовным законодательством такое деяние не является преступлением, но влечет социально значимый вред и социально значимые изменения в объекте уголовно-правовой охраны. Здесь социально значимый вред причиняется общественным отношениям, складывающимся по поводу охраны общественной безопасности и права человека на жизнь; социально значимые изменения проявляются в негативном воздействии на общественные отношения, возникающие в связи с охраной общественной безопасности и права человека на жизнь.

### **3. Типология видов причинения**

Сказанное выше означает, что в самом общем смысле уголовно-правовое причинение представляет собой преступное, исключаящее уголовную ответственность или некриминализованное деяние, повлекшее вред в объектах, находящихся под охраной уголовного закона. В зависимости от ис-

точника наступления вреда в объекте уголовно-правовой охраны, целесообразно вести речь о преступных, не преступных, а также смешанных видах причинения (см. таблицу)<sup>9</sup>.

Таблица

**Виды уголовно-правового причинения**

<b>Преступные виды причинения</b>	<b>Непреступные виды причинения</b>	<b>Смешанные виды причинения</b>
1. Виды причинения, предусмотренные в Особенной части уголовного закона (ст. 105–361 УК РФ).	1. Виды причинения, исключаящего уголовную ответственность (ст. 10, ч. 2 ст. 14, ст. 20–21, 28, 31, 37–42 УК РФ).	1. Специальные виды причинения (посредственное и неосторожное причинение <sup>10</sup> ).
	2. Некриминализованные виды причинения (деяния, способные повлечь вред в объекте уголовно-правовой охраны).	

**3.1. Преступные виды причинения**

Преступное причинение — это деяние, родственное категории «преступление», определение которого содержится в ч. 1 ст. 14 УК РФ. Буквальное толкование законодательной дефиниции «преступление» позволяет утверждать, что под ним понимается деяние в форме действия либо бездействия, которое характеризуется признаками виновности, общественной опасности, противоправности и наказуемости.

Например, в ст. 105 УК РФ «убийство» трактуется как «умышленное причинение смерти другому человеку». В контексте ст. 105 УК РФ слово «причинение» вполне допустимо заменить на слово «деяние». Тогда диспозиция состава убийства может звучать следующим образом: «умышленное деяние, вызвавшее смерть другого человека». При этом смысл состава убийства не меняется, но формулировка законодателя представляется текстуально неудачно изложенной. Подобное можно сказать и о других составах преступлений, предусмотренных ст. 109, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 119, 165 УК РФ и др., где в названии статей либо непосредственно в самих диспозициях встречается понятие «причинение».

<sup>9</sup> 168 (96,6%) опрошенных ученых-криминалистов считают, что вред объекту уголовно-правовой охраны причиняется преступлением; 148 (85,1%) — деянием, исключаящим уголовную ответственность; 128 (73,6%) — некриминализованным деянием.

<sup>10</sup> Автор намеренно использует термин «неосторожное причинение».

Преступные виды причинения во всех без исключения случаях характеризуются признаками преступления и признаками состава преступления, предусмотренного какой-либо статьей Особенной части УК РФ. Поэтому преступное причинение — это не только социально значимое, но еще и общественно опасное, противоправное, виновное, запрещенное и наказуемое деяние. Количество преступных видов причинения совпадает с количеством преступлений, расположенных в Особенной части уголовного закона (ст. 105–361 УК РФ).

Особенность преступного причинения состоит в том, что, во-первых, все его виды регламентированы уголовным законом, а, во-вторых, совершение преступного причинения неизбежно влечет наступление уголовной ответственности (исключения образуют ситуации освобождения лица, совершившего преступление, от уголовной ответственности по основаниям, указанным в главе 11 УК РФ).

### **3.2. Непреступные виды причинения**

Непреступные виды причинения образуют две основные группы:

непреступные исключающие уголовную ответственность виды причинения регламентируются в нормах Общей части УК РФ: ст. 10 (декриминализация деяния), ч. 2 ст. 14 (малозначительное деяние), ч. 1 и 2 ст. 20 (недостижение установленного законом возраста уголовной ответственности), ч. 3 ст. 20 (возрастная невменяемость), ст. 21 (невменяемость), ст. 28 (невинное причинение вреда), ст. 31 УК (добровольный отказ от преступления), ст. 37–42 (обстоятельства, исключающие преступность деяния).

непреступные некриминализованные виды причинения с юридической точки зрения фактически наносят социально значимый вред и социально значимые изменения в объекте уголовно-правовой охраны. Например, когда в качестве предмета взятки должностному лицу передают имущество, не находящееся или ограниченное в гражданском обороте, уголовная ответственность не наступает. При этом подобное деяние оказывает неблагоприятное воздействие на объект, находящийся под защитой уголовного закона, — общественные отношения, складывающиеся по поводу охраны конституционного строя государства (общественные отношения, обеспечивающие законную деятельность государственных органов).

Первый блок непреступных видов причинения совпадает с зафиксированными в тексте уголовного закона обстоятельствами, при наличии которых уголовная ответственность не наступает. Так, в главе 8 УК РФ законодатель, интерпретируя то или иное обстоятельство, исключающее преступность деяния (ст. 37–42), намеренно употребляет термин «причинение», а не «де-

яние». В связи с этим может создаться впечатление, что в уголовном законодательстве слово «деяние» используется для описания преступного деяния, а «причинение», напротив, — для названия непроступного действия либо бездействия. Заметим, это не так. Такой вывод позволяет сделать приведенный выше пример с составом убийства, которое толкуется через категорию «причинение».

Кроме этого, причинение, исключая уголовную ответственность, образуют некриминализованные (непризнанные на законодательном уровне преступлениями) деяния, повлекшие вред в объекте уголовно-правовой охраны. Например, в содержание Особенной части УК РФ не входит статья, предусматривающая уголовную ответственность за провокацию нарушения правил дорожного движения. При этом совершение лицом провокационных действий, направленных на нарушение правил дорожного движения, повлекшее по неосторожности причинение смерти человеку, безусловно, вызывает негативные изменения в объекте уголовно-правовой охраны.

На наш взгляд, деяния, опасные объекту уголовно-правовой охраны, но еще не признанные преступными, являются самостоятельной формой непроступного причинения — некриминализованным причинением. Ведь показатели общественной опасности некриминализованных деяний, способных «вызвать» неблагоприятные изменения в объекте уголовно-правовой охраны, совпадают, а иногда и превосходят характеристики общественной опасности деяний, расположенных в Особенной части уголовного закона.

В свою очередь, некриминализованные деяния, влекущие вред в объекте уголовно-правовой охраны, представляется возможным инкорпорировать в систему уголовно-значимых деяний (преступного и исключаящего уголовную ответственность) на том основании, что предмет уголовного права выходит за пределы общественных отношений, порожденных преступным действием (бездействием) [Коблева М.М., 2015: 100]; [Ображиев К.В., 2014: 69–72]. Кроме этого, некриминализованные деяния влекут вред в охраняемых уголовным законом общественных отношениях, но в Особенной части УК РФ отсутствует соответствующая статья. Н.В. Генрих права в том, что интерпретация предмета уголовного права отражает «мировоззренческую позицию исследователя» (Генрих Н.В.). По мнению З.Б. Соктоева, в уголовно-правовой норме, посвященной задачам уголовного права (ст. 2 УК РФ), речь идет в том числе и об «опасных деяниях, которые не получили уголовно-правовой оценки, но обладают необходимыми и достаточными свойствами преступления» [Соктоев З.Б., 2014: 21].

Обе формы непроступных видов причинения — исключаящие уголовную ответственность и некриминализованные — не влекут уголовной ответственности.

### 3.3. Смешанные виды причинения

Необходимо обратить внимание на такие социально значимые деяния, которые содержат лишь отдельные характеристики преступных и (или) не-преступных видов причинения, но в полной мере таковыми не являются. Речь идет о смешанном причинении, которое представлено специальными видами — посредственным и неосторожным причинением.

Посредственное причинение — это использование при совершении преступления несубъекта лицом, подлежащим уголовной ответственности. Парадокс заключается в том, что посредственное причинение относится к категории индивидуально осуществляемых преступлений, но в структуре уголовного законодательства ему отведено место в рамках главы 7 УК РФ «Соучастие в преступлении». Как видим, «уголовно-правовая регламентация не всегда отвечает действительной природе правового института» (Чучаев А.И.). Фактически в преступлениях, совершаемых путем посредственного причинения, принимают участие минимум два лица — посредственный причинитель и посредственно используемое лицо. При этом посредственный причинитель признается субъектом, виновным в совершении преступления, а посредственно используемое лицо не привлекается к уголовной ответственности.

Неосторожное причинение — это многосубъектные неосторожные преступления, субъективная сторона которых представлена преступным легкомыслием либо преступной небрежностью.

На первый взгляд может показаться, что посредственное и неосторожное виды причинения — это преступные социально значимые деяния. Но здесь существует специфика, которая не вписывается в пределы преступных видов причинения.

Во-первых, в посредственном причинении сочетаются преступное деяние и деяние, совершенное при наличии исключających уголовную ответственность обстоятельств. Деяние, осуществленное посредственным причинителем, характеризуется признаками преступного причинения; деяние посредственно используемого лица — признаками таких видов не-преступного исключającego уголовную ответственность причинения, как недостижение возраста уголовной ответственности (ч. 1 и 2 ст. 20 УК РФ), невменяемость (ст. 21 УК РФ), физическое или психическое принуждение (ст. 40 УК РФ), исполнение приказа или распоряжения (ст. 42 УК РФ), невиновное причинение вреда (ст. 28 УК РФ). Тот факт, что посредственный причинитель является надлежащим субъектом преступления, который подлежит уголовной ответственности, не позволяет отнести посредственное причинение к не-преступным видам причинения.

Во-вторых, неосторожное причинение не регламентируется российским уголовным законодательством. Основная проблема неосторожного причинения состоит в том, что за совершение неосторожного многосубъектного преступления уголовная ответственность наступает как за индивидуально исполненное преступное деяние.

Посредственное и неосторожное причинение влекут социально значимый вред и социально значимые изменения в объекте уголовно-правовой охраны, следовательно, такие социально значимые деяния являются видами уголовно-правового причинения. В силу того, что посредственное и неосторожное причинение не образуют в полной мере ни преступные, ни не преступные виды причинения, предлагаем их отнести к смешанным (специальным) видам причинения.

Следует оговориться, что установление негативных изменений от причинения в объекте уголовно-правовой охраны — это не единственное основание для классификации уголовно-правового причинения на виды (например, механизм нанесения вреда объекту уголовно-правовой охраны, регламентация уголовным законом, способ, при помощи которого осуществлено причинение, признаки субъекта, совершившего причинение и т.п.)<sup>11</sup>.

## Заключение

Таким образом, уголовно-правовое причинение — это социально значимое преступное, или исключаящее уголовную ответственность, или некриминализованное деяние, повлекшее социально значимый вред и социально значимые изменения в объекте уголовно-правовой охраны. В зависимости от факта нанесения социально значимого вреда и социально значимых изменений объектам уголовно-правовой охраны, причинение в уголовном праве необходимо подразделять на: преступные, не преступные (исключающие уголовную ответственность и некриминализованные) и смешанные (специальные — посредственное и неосторожное причинение) виды причинения.



## Библиография

Анисимова И.А. О законодательной технике описания преступного вреда в УК РФ // Юрислингвистика. 2006. № 7. С. 19–28.

Арутюнов А.А. К вопросу о причинной связи в уголовном праве // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2013. № 2. С. 81–89.

---

<sup>11</sup> Виды уголовно-правового причинения по указанным критериям в настоящей статье не рассматриваются.

- Быкова Е.Г. Установление причинно-следственной связи в преступлениях, совершенных вследствие ненадлежащего исполнения профессиональных обязанностей // Вестник Академии Следственного комитета Российской Федерации. 2015. № 1. С. 71–73.
- Винокуров В.Н. Объект преступления: теория, законодательство, практика. М.: Юрлитинформ, 2010. 224 с.
- Гарбатович Д.А. Некоторые вопросы квалификации общественно опасных деяний невменяемых // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Право. 2016. Т. 16. № 1. С. 44–50.
- Зимирева Л.А. Причинная связь в преступлениях против жизни: дис. ... к.ю.н. М., 2016. 228 с.
- Коблева М.М. Помещение несовершеннолетнего в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа как мера уголовно-правового характера: дис. ... к.ю.н. М., 2015. 216 с.
- Коржанский Н.И. Объект и предмет уголовно-правовой охраны. М.: Изд-во Акад. МВД СССР, 1980. 248 с.
- Кошелева А.Ю. Категория причинности в преступлениях с формальными составами // Российский юридический журнал. 2005. № 1. С. 91–96.
- Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. М.: Госюриздат, 1960. 244 с.
- Кузнецова Н.Ф. Значение преступных последствий для уголовной ответственности. М.: Госюриздат, 1958. 219 с.
- Лопашенко Н.А. Уголовная политика. М.: Волтерс Клувер, 2009. 608 с.
- Мальцев В.В. Учение об объекте преступления. Т. 1. Объект преступления: концептуальные проблемы. Волгоград: ВА МВД России, 2010. 264 с.
- Мартыненко Н.Э. Потерпевший как объект уголовно-правовой охраны и объект преступления // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2014. № 6. С. 128–131.
- Новоселов Г.П. Актуальные вопросы учения об объекте преступления (методологические аспекты): дис. ... д.ю.н. Екатеринбург, 2001. 260 с.
- Ображиев К.В. Система формальных (юридических) источников российского уголовного права: дис. ... д.ю.н. М., 2014. 587 с.
- Пархоменко С.В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. 267 с.
- Разгильдиев Б.Т. Задачи уголовного права Российской Федерации и их реализация: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 1994. 36 с.
- Соктоев З.Б. Причинность в уголовном праве: теоретические и прикладные проблемы: дис. ... д.ю.н. М., 2014. 408 с.
- Суслин Э.В., Малинин В.Б. Философские основы причинной связи в уголовном праве // Вестник Санкт-Петербургской юридической академии. 2013. № 4. С. 72–75.
- Филимонов В.Д. Охранительная функция уголовного права. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2003. 250 с.
- Церетели Т.В. Причинная связь в уголовном праве. М.: Госюриздат, 1963. 382 с.
- Якунина С.А. Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление: дис. ... к.ю.н. Ростов-на-Дону, 2005. 214 с.
- Яни П.С. Вред как элемент коммерческого подкупа // Российская юстиция. 2001. № 4. С. 36–38.
-

## Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 3

### Concept and Types of Inflicting in Criminal Law



**Irina Yanina**

Associate Professor, Department of Criminal Law, Moscow State Regional University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 10A/1 Radio Str., Moscow 105005, Russian Federation. E-mail: yanina\_i@bk.ru



#### Abstract

The article is devoted to legal nature of causing in criminal law. Penal infliction, being an independent criminal phenomenon, is regarded from the point of crime, excluding criminal responsibility or decriminalizing acts resulting in harm socially important and socially significant changes in social relations protected by criminal law. It is differing concepts such as «object of criminal legal protection» and «object of crime». It is stated that a criminal act leads to producing harm to the object of criminal law protection and the object of the crime; for excluding criminal responsibility and decriminalization act — only in the object of criminal legal protection. Socially significant harm as the object of legal protection and social change in the object of legal protection recognized by the signs of causing. It is proposed the terms «criminal consequences», «criminal result», «socially dangerous consequences», «social threat score» to use in the context of signs of the objective side of the crime and of crime; the terms «criminal injury», «threat of public harm» — signs of the object of the crime. It is formulated the author's own definition of inflicting in criminal law. The author's version of infliction is divided into three main types: criminal infliction; non-criminal (excludes criminal liability and decriminalization) causing; mixed (special) damages. The basis of the classification is to establish the negative impact of the act is inflicting on the public relations protected by the criminal law. Criminal infliction means act that is characterized by the signs of crimes and offences specified in the Criminal Code of the Russian Federation. Impregnable infliction consists of: for excluding criminal responsibility acts is governed by article 10, part 2, articles 14, articles 20, 21, 28, 37–42 of the Criminal Code, and decriminalizing acts that caused significant social harm and social change in the object of criminal law protection. Mixed causing consists from acts combining the characteristics both criminal and non-criminal types of causing. Mixed infliction is presented by two differing types, that is mediocre and not careful causing.



#### Keywords

penal infliction; object of criminal law protection; object of the crime; criminal act; the act for excluding criminal responsibility; decriminalization act; mediocre infliction; negligent infliction.

**For citation:** Yanina I. Yu. (2019) Concept and Types of Inflicting in Criminal Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 117–137 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.117.137



#### References

Anisimova I.A. (2006) On the legislative technique of the description of criminal damage in the Russian Criminal Code. *Jurilinguistic*, no 7, pp. 19–28 (in Russian)

- Arutyunov A.A. (2013) On the causation in criminal law. *Vestnik Moscovskogo pedagogicheskogo universiteta. Seria: pravo*, no 2, pp. 81–89 (in Russian)
- Bykova E.G. (2015) Establishment of causation in crimes committed as a result of improper performance of professional duties. *Vestnik Akademii sledstvennogo komiteta*, no 1, pp. 71–73 (in Russian)
- Filimonov V.D. (2003) *The protective function of criminal law*. Saint Petersburg: Yuridicheski Centr Press, 250 p. (in Russian)
- Garbatovich D.A. (2016) Issues of qualification of socially dangerous acts insane. *Vestnik Juzhnouralskogo universiteta. Seria: pravo*, no 1, pp. 44–50 (in Russian)
- Kobleva M.M. (2015) Placement of the minor in special teaching and educational institution of a closed type as a measure of criminal law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 216 p. (in Russian)
- Korzhanskij N.I. (1980) *The object and subject of criminal legal protection*. Moscow: Akademia MVD, 248 p. (in Russian)
- Kosheleva A.Yu. (2005) General philosophical understanding of causality and special legal structure of causation in criminal law. *Rossiyskiy uridicheskiy zhurnal*, no 4, pp. 96–101 (in Russian)
- Kudryavtsev V.N. (1960) *The objective side of the crime*. Moscow: Gosyurizdat, 244 p. (in Russian)
- Kuznetcova N.F. (1958) *Significance of criminal consequences for liability*. Moscow: Gosyurizdat, 219 p. (in Russian)
- Lopashenko N.A. (2009) *Criminal policy*. Moscow: Wolters Kluwer, 608 p. (in Russian)
- Mal'cev V.V. (2010) *The doctrine of object of crime. Object of the crime*. Volgograd: Akademia MVD, 264 p. (in Russian)
- Martynenko N. Eh. (2014) The victim as object of criminal law protection and object of the crime. *Vestnik Nizhegorodskogo universiteta*, no 6, pp. 128–131 (in Russian)
- Novoselov G.P. (2001) Issues of the doctrine about object of a crime (methodological aspects). Doctor of Juridical Sciences Thesis. Ekaterinburg, 260 p. (in Russian)
- Obrazhiev K.V. (2014) The formal (juridical) sources of the Russian criminal law. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 2014. 587 p. (in Russian)
- Parhomenko S.V. (2004) *Acts, a crime which is excluded because of social convenience and need*. Saint Petersburg: Yuridicheskiy centre press, 267 p. (in Russian)
- Razgil'diev B.T. (1994) Objectives of criminal law of the Russian Federation and their implementation. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 36 p. (in Russian)
- Soktoev Z.B. (2014) Causality in criminal law: theoretical and applied issues. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 408 p. (in Russian)
- Suslin E.V., Malinin V.B. (2013) Philosophical foundations of causation in criminal law. *Vestnik Petersburgskoi uridicheskoi akademii*, no 4, pp. 72–75 (in Russian)
- Tcereteli T.V. (1963) *Causation in criminal law*. Moscow: Gosyurizdat, 382 p. (in Russian)
- Vinokurov V.N. (2010) *The object of the crime: theory, legislation, practice*. Moscow: Yurlitinform, 224 p. (in Russian)
- Yakunina S.A. (2005) Inflicting damage when capturing the perpetrator of the crime. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Rostov, 214 p. (in Russian)
- Yani P.S. (2001) Harm as an element of commercial bribery. *Rossiyskaya yusticia*, no 4, pp. 36–38 (in Russian)
- Zimireva L.A. (2016) A causal relationship to crimes against life. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 228 p. (in Russian)

# Высылка иностранного гражданина как ограничение его права на свободу передвижения и как способ обеспечения национальной безопасности

---

---



**И.Ф. Амельчаков**

Белгородский юридический институт МВД России имени И.Д. Путилина, кандидат юридических наук, доцент. Адрес: 308024, Российская Федерация, Белгород, ул. Горького, 71. E-mail: Belui@lenta.ru



**О.В. Катаева**

Белгородский юридический институт МВД России имени И.Д. Путилина, кандидат юридических наук, доцент. Адрес: 308024, Российская Федерация, Белгород, ул. Горького, 71. E-mail: kataeva\_70@mail.ru

---



**Аннотация**

Обеспечение реализации права на свободу передвижения сегодня стало неременным атрибутом всех демократических государств, вследствие чего в международный миграционный обмен вовлекается все больше участников. По данным ООН, ныне более 244 млн. человек являются мигрантами, что говорит о глобализации миграционного движения. Одновременно исследователи приходят к выводу о глобальном миграционном кризисе, поскольку неконтролируемые миграционные потоки создают существенную угрозу национальной безопасности принимающих стран. Наиболее опасным их проявлением является незаконная миграция, негативно отражающаяся на экономической, социальной и криминогенной обстановке. Одновременно с историческим процессом становления права человека на свободу передвижения происходит и развитие институтов ограничений данного права, нацеленных прежде всего на обеспечение национальной безопасности. Российским законодательством в качестве одного из способов защиты от потенциальных угроз, связанных с пребыванием иностранных граждан на территории страны, нарушающих национальное законодательство, предусмотрена их принудительная высылка, которая может осуществляться в форме административного выдворения иностранных граждан и лиц без гражданства за пределы Российской Федерации, депортации либо реадмиссии. Все перечисленные процедуры, несмотря на различия, имеют много общих характерных черт, в числе которых общий порядок содержания в специальных учреждениях Министерства внутренних дел или его территориального органа иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению за пределы России в форме принудительного выдворения за ее пределы, депортации или реадмиссии. Принципами содержа-

ния иностранных граждан в специальных учреждениях являются законность, гуманизм, уважение человеческого достоинства, личная безопасность и охрана здоровья; в качестве гарантий соблюдения этих принципов авторы рассматривают вопросы судебной и прокурорской защиты, а также общественного контроля и деятельности уполномоченных по правам человека в России. Формируются выводы о необходимости дальнейшего развития правовых механизмов ограничения права на свободу передвижения иностранных граждан в целях обеспечения национальной безопасности России.



### **Ключевые слова**

глобальный миграционный кризис; миграция; иностранцы; свобода передвижения; Конституция Российской Федерации; ограничение права; высылка иностранного гражданина.

---

**Для цитирования:** Амельчаков И.Ф., Катаева О.В. Высылка иностранного гражданина как ограничение его права на свободу передвижения и как способ обеспечения национальной безопасности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 138–159.

УДК: 342. 722

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.138.159

## **Введение**

В современных условиях глобализации мирового пространства, коснувшейся многих сфер общественной жизни, практически все государства являются участниками миграционного обмена. Миграция населения сегодня становится одной из важнейших детерминант, определяющих экономическое, демографическое и политическое благосостояние стран-участников миграционного обмена. Цивилизованная миграция оказывает позитивное влияние на динамику занятости населения, способствует социокультурному обмену.

Одновременно глобализация миграционных процессов во многом стала причиной современной проблемы глобального миграционного кризиса, относящейся к главным стратегическим рискам и угрозам национальной безопасности государств, а существенное увеличение в последние годы миграционных потоков вызывает серьезную озабоченность [Кривенкова М.В., 2017: 9]. Не удивительно, что в современных условиях любое миграционное движение стало восприниматься как потенциальная угроза.

В Стратегии национальной безопасности Российской Федерации, утвержденной Указом Президента России от 31.12.2015 №683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации», прямо указано на обострение

угроз, связанных с неконтролируемой миграцией<sup>1</sup>. При этом основным объектом внимания должны стать иностранные граждане и лица без гражданства<sup>2</sup>, незаконно находящиеся в стране, нарушающие отечественное законодательство и те, в отношении которых в установленном порядке приняты решения о нежелательности пребывания (проживания) в Российской Федерации<sup>3</sup>.

С учетом масштабов проблемы Россия принимает активные меры упорядочения отношений в сфере миграции. Отечественные исследователи феномена делают вывод, что для регулирования миграционных правоотношений необходимо использовать правовые средства и правильно определять границы их действия [Косарева В.В., 2016: 83]. Российский законодатель предусмотрел широкий перечень видов юридической ответственности, применяемой к иностранным гражданам, нарушающим правопорядок. Этот перечень включает различные уголовно-правовые и административно-правовые меры. Однако наиболее эффективной защитой от иностранных граждан, создающих угрозу национальной безопасности, видится их принудительная высылка за пределы России с последующим запретом въезда в страну в течение определенного срока.

Предметом исследования статьи являются правовые механизмы ограничения права на свободу передвижения иностранных граждан в условиях миграционного кризиса, в частности, проблемы реализации принудительной высылки иностранного гражданина за пределы России и формирования предложений, направленных на совершенствование данной процедуры. Методология исследования включает метод сравнительного правоведения с целью выявления общих тенденций регулирования ограничения права на свободу передвижения в современном мире, а также изучение примеров из практики реализации различного рода ограничений этого права.

## **1. Формы и обеспечительные меры высылки иностранного гражданина из Российской Федерации**

На сегодняшний день три формы высылки иностранных граждан в государство гражданства или постоянного проживания (административное

---

<sup>1</sup> См.: СЗ РФ. 2016. № 1 (часть II). Ст. 212.

<sup>2</sup> С учетом того, что положения Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» охватывают также правовое положение лиц без гражданства, далее будет использован термин «иностранцы».

<sup>3</sup> См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 07.04.2003 № 199 (ред. от 05.05.2015) «Об утверждении Положения о принятии решения о нежелательности пребывания (проживания) иностранного гражданина или лица без гражданства в Российской Федерации и перечня федеральных органов исполнительной власти, уполномоченных принимать решение о нежелательности пребывания (проживания) иностранного гражданина или лица без гражданства в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 15. Ст. 1369.

выдворение за пределы государства, депортация и реадмиссия), предусмотренные российским законодательством и отличающиеся по своей правовой природе, по сути, являются принудительной высылкой иностранного гражданина из страны [Сандугтей А.Н., 2005: 34].

Административное выдворение иностранного гражданина за пределы России — мера административного наказания, предусмотренная статьей 3.10 КоАП РФ, которая заключается в принудительном и контролируемом перемещении нарушителей через Государственную границу за пределы России. В некоторых законодательно установленных случаях оно также может осуществляться в виде контролируемого самостоятельного выезда иностранных граждан. Сегодня с уверенностью можно говорить, что административное выдворение иностранного гражданина или лица без гражданства как административное наказание наиболее эффективно обеспечивает общественную безопасность от различного рода угроз, связанных с пребыванием на территории государства иностранцев, нарушающих отечественное законодательство.

По ст. 2 Федерального закона от 27.02. 2002 № 115-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»<sup>4</sup> депортация — принудительная высылка иностранного гражданина в случае утраты или прекращения законных оснований для его дальнейшего пребывания (проживания). Основным отличием депортации от административного выдворения иностранного гражданина или лица без гражданства является то, что применение депортации не связано с совершением иностранным гражданином административного правонарушения. Таким образом, депортация — мера административного принуждения, а не вид наказания, вместе с тем ее применение также исключает дальнейшее нахождение иностранного гражданина на территории России.

Рeadмиссия, как и депортация, является мерой принуждения, а не видом административного наказания. В национальном законодательстве понятие реадмиссии не определено. В ст. 1 Соглашения между Российской Федерацией и Европейским сообществом о реадмиссии от 25.05.2006 определение реадмиссии сформулировано как передача запрашивающим государством и принятие запрашиваемым государством лиц (граждан запрашиваемого государства, граждан третьих государств или лиц без гражданства), чей въезд, пребывание или проживание в запрашивающем государстве признаны незаконными в соответствии с положениями вышеуказанного Соглашения<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

<sup>5</sup> См.: ст. 1 Соглашения между Российской Федерацией и Европейским сообществом о реадмиссии (вместе с Ходатайствами, Списками документов, Совместными заявлениями; заключено в Сочи 25.05.2006) // СЗ РФ. 2007. № 23. Ст. 2693.

Таким образом, институт реадмиссии — это категория международного права, реализуемая посредством заключения международных договоров как на двусторонней, так и на многосторонней основе. Соглашение о реадмиссии закрепляет процедуры возврата и транзита лиц, которые не отвечают или перестали отвечать условиям въезда, пребывания или проживания в запрашивающем государстве.

Вместе с тем, как было сказано, все три рассмотренные процедуры являются фактически принудительной высылкой иностранного гражданина из страны и влекут последующий запрет въезда в течение определенного срока.

В соответствии с положениями отечественного законодательства иностранному гражданину не разрешается въезд в страну, если в отношении него вынесено решение об административном выдворении за ее пределы, о депортации либо передаче его иностранному государству в соответствии с международным договором о реадмиссии в течение пяти лет со дня их осуществления, если указанное решение вынесено впервые. В случае вынесения такого решения два и более раза данный запрет действует в течение 10 лет. Кроме того, если в период предыдущего пребывания в России в отношении иностранного гражданина прекращалась процедура реадмиссии в связи с добровольным выездом из страны, то въезд ему запрещается в течение трех лет со дня выезда<sup>6</sup>.

Таким образом, решение о принудительной высылке иностранного гражданина существенным образом влечет ограничение его права на свободу передвижения, гарантированное ст. 27 Конституции. Вместе с тем ее ст. 55 закрепляет возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина на основании федерального закона 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<sup>7</sup>.

Высылая из государства иностранного гражданина, правоприменитель обеспечивает тем самым национальную безопасность. При этом следует учитывать все объективные обстоятельства, в частности, насколько необходимо однозначное решение вопроса о дальнейшем нахождении в стране или принудительном выезде, сопряженном с соответствующими ограничениями и запретами, и насколько это повлияет на интересы лиц, заинтересованных в нахождении иностранного гражданина в стране [Шерстобоев О.Н., 2014а: 68]. Необходимо подчеркнуть, что общепризнанные нормы международно-

---

<sup>6</sup> См.: ст. 27 Федерального закона от 15.08.1996 № 114-ФЗ (ред. от 11.10.2018) «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» // СЗ РФ. 1996. № 34. Ст. 4029; ст. 32.5 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

<sup>7</sup> СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

го права закрепляют запрет высылки иностранцев, законно находящихся на территории государства, за исключением случая исполнения судебного решения [Воронцова И.В., 2015: 109]. В соответствии с положениями Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950) (далее — Конвенция о защите прав человека) иностранцы, легально проживающих на территории государства, имеют право приводить аргументы против высылки, требовать пересмотра их дела<sup>8</sup>.

Вместе с тем Суд Европейского союза разрешил странам ЕС депортацию иностранных граждан, в том числе имеющих постоянный вид на жительство и продолжительно проживающих в стране, осужденных за особо тяжкие преступления, если они несут прямую угрозу общественной безопасности. При этом члены ЕС наделены правом самостоятельно определять степень общественной опасности, исходящей от этих лиц [Сивова А.А., 2018: 23]. Поскольку точных критериев целесообразности высылки иностранного гражданина из страны в международном праве не выработано, правоприменители руководствуются действующими конституционными и международными нормами, что повышает значимость практики Конституционного Суда России и Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) [Савельева М.В., 2016: 21].

Практика ЕСПЧ по делам, связанным с высылкой, довольно объемна и составляет более 1,5 тыс. судебных постановлений и решений [Крупский М., Саввина Т., 2017: 13]. При этом в решениях ЕСПЧ неоднократно отмечалось, что хотя Конвенцией о защите прав человека<sup>9</sup> в прямой постановке право иностранного гражданина на въезд или проживание в какой-либо стране не гарантировано, их высылкой из страны может быть нарушено право на уважение семейной жизни, гарантированное п. 1 ст. 8 Конвенции, если в этой стране проживают члены его семьи.

В этом случае их права и интересы могут быть затронутыми даже в большей степени, чем интересы самого выдворяемого гражданина. Особенно это может сказаться на судьбе его несовершеннолетних детей, нарушив их конституционное право на равное воспитание и заботу со стороны обоих родителей. Поэтому такие действия должны быть оправданы крайней социальной необходимостью, соответствовать правомерной цели<sup>10</sup> и допускаться

<sup>8</sup> См.: ст. 1 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (подписан в Страсбурге 22.11.1984) // СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

<sup>9</sup> См.: ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (заключена в Риме 04.11.1950) (вместе с Протоколом № 1 (подписан в Париже 20.03.1952), Протоколом № 4 об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и первый Протокол к ней (подписан в Страсбурге 16.09.1963), Протоколом № 7 (подписан в Страсбурге 22.11.1984) // СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

<sup>10</sup> См.: Постановления от 26.03.1992 по делу «Бельджуди против Франции», от 21.06.1988 по делу «Беррехаб против Нидерландов», от 18.02.1991 по делу «Мустахим против Бельгии», от

только лишь в тех исключительных случаях, когда они объективно необходимы и соразмерны публично-правовым целям. Например, при удалении с территории государства опасного субъекта срочно и безотлагательно, публичные интересы преобладают над индивидуальными, но одновременно они будут соответствовать интересам неопределенного круга лиц, права которых при этом обеспечиваются [Шерстобоев О.Н., 2014b: 108].

Особое внимание ЕСПЧ уделяет правовой защите заявителей в случае принятия в отношении них решения о высылке из страны или иных решений, обуславливающих ее возможность. Так, им отмечено, что государственные органы обязаны предоставить заявителю возможность обжалования вышеуказанных решений, а также гарантировать должные процессуальные средства для объективного и полного рассмотрения всех обстоятельств дела независимым и беспристрастным судом.

Одновременно ЕСПЧ занимает принципиальную позицию, по которой осуществление правовой защиты по делам, связанным с принудительной высылкой лиц, не означает, что исполнение такого решения в случае его обжалования должно безусловно автоматически приостанавливаться [Крупский М., Саввина Т., 2017: 13]. Такие обстоятельства как, например, семейные связи иностранных граждан в принимающей стране, длительность срока нахождения на ее территории не являются однозначным основанием для признания нарушения ст. 8 Конвенции о защите прав человека. Безусловно, уровень государственной защиты в значительной мере зависит от степени интеграции иностранного гражданина в принимающей стране [Grable D., 1998: 840]. Этот критерий может выражаться в полезной для общества трудовой либо предпринимательской деятельности, в оказании различного рода поддержки и помощи членам семьи. Однако решающую роль с точки зрения международного права в вопросе о признании высылки нарушением права на уважение частной и семейной жизни будет иметь только установление у заявителей каких-либо исключительных обстоятельств, препятствующих ей.

Таким образом, международные стандарты оказывают значительное влияние на развитие и совершенствование отечественного законодательства. При этом влияние общепризнанных международных норм и принципов на национальное право и общность проблем, связанных с наличием значительного числа иностранных граждан, сегодня приводит к стремлению к унификации нормативных правовых моделей высылки иностранцев отдельных государств [Шерстобоев О.Н., 2016: 5].

---

19.02.1998 по делу «Дали против Франции», от 7.08.1996 по делу «С. против Бельгии», от 28.11.1996 по делу «Ахмут против Нидерландов» и др. // СПС КонсультантПлюс.

Обозначенная проблема находится в центре пристального внимания исследователей в области миграционных отношений, которые предметно проводят сравнительно-правовой анализ понятий административного выдворения, депортации и реадмиссии иностранных граждан. При этом встает вопрос о целесообразности отказа от терминологического несоответствия и введения в законодательный оборот понятия «высылка», употребляющееся в международных правовых актах [Сандугей А.Н., 2005: 34]; [Смашникова Т.Б., 2012: 26]; Международный пакт о гражданских и политических правах от 16.12.1966<sup>11</sup> и Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, от 13.12.1985<sup>12</sup>, поскольку одним из основных путей совершенствования национального миграционного законодательства сегодня является именно формирование категориального аппарата.

Тождественность вышеперечисленных процедур подтверждается также тем, что в положениях Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» определен общий порядок содержания в специальных учреждениях Министерства внутренних дел или его территориального органа<sup>13</sup> иностранных граждан, подлежащих административному выдворению в форме принудительного выдворения за пределы государства, депортации или реадмиссии всех этих категорий иностранных граждан. Предварительное временное размещение иностранных граждан в таких специальных учреждениях связано с тем, что процедура принудительной высылки обычно занимает период времени, в течение которого им необходимо находиться под контролем уполномоченных органов. При этом данный период времени, связанный, например, с необходимостью документирования таких лиц, может растягиваться на длительный период, составляющий год и более.

Неисполнение судебных постановлений в течение длительного времени в части наказания, связанного с административным выдворением иностранных граждан за пределы государства по причине неустановления личности и принадлежности к гражданству конкретного государства, влечет обращения с ходатайствами о прекращении исполнения судебных постановлений, принятых по делам об административных правонарушениях в отношении этих лиц (такие обращения поступали от руководства Центра для содержа-

---

<sup>11</sup> См.: ст. 13 Международного пакта о гражданских и политических правах (принят 16.12.1966 Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>12</sup> См.: ст. 7 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают: принята Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 13.12.1985 № 40/144 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>13</sup> Далее — специальные учреждения.

ния иностранных граждан по Санкт-Петербургу и Ленинградской области) [Жолобов Я.Б., 2015: 31]. В результате после двухлетнего содержания в специальном учреждении с лица снимаются ограничения на свободу передвижения. Однако при этом вновь встает вопрос о законности его пребывания на территории России без необходимых документов и возможности существовать законными способами.

Главным управлением по вопросам миграции МВД России разработан проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части урегулирования правового статуса лица без гражданства», в котором предусмотрена выдача временного документа, удостоверяющего личность лица без гражданства на территории страны, что позволит легализовать статус этих лиц. Такая инициатива вызвана тем, что на территории России остается значительное количество лиц с неурегулированным правовым статусом и не имеющих документов, удостоверяющих личность, или имеющих паспорт гражданина СССР либо свидетельство о рождении. Особенно проблемными при этом являются следующие категории лиц:

освобожденные из мест лишения свободы, имеющие непогашенную или неснятую судимость за совершение преступления, а также в отношении которых в установленном порядке вынесены решения о нежелательности пребывания (проживания) на территории России, однако выслать их за пределы страны невозможно ввиду отсутствия у них гражданства иностранного государства;

лица, в отношении которых принято решение о нежелательности пребывания (проживания) в России, либо судом вынесено постановление о назначении административного наказания в виде административного выдворения за пределы России, либо Министерством внутренних дел России или его территориальными органами вынесено решение о депортации, либо принято решение о передаче лица без гражданства иностранному государству в соответствии с международным договором о реадмиссии, однако отсутствует государство, готовое принять такое лицо.

При этом введенная в 2016 году ст. 10.1 ФЗ «О правовом положении иностранных граждан», которой предусмотрена специальная процедура установления личности иностранного гражданина или лица без гражданства, не имеющего действительного документа, удостоверяющего личность, значительно облегчила урегулирование правового статуса иностранных граждан, находящихся на территории России. В то же время законодательством, регулирующим отношения в сфере миграции, не предусмотрен документ, удостоверяющий личность лица без гражданства, выдаваемый после установления его личности, в соответствии с указанной нормой. Одним из пу-

тей решения этой проблемы может стать легализация лица без гражданства на территории России на основании заключения об установлении личности лица без гражданства, составленного в соответствии с положениями ст. 10.1 ФЗ «О правовом положении иностранных граждан».

В качестве одной из гарантий соблюдения правопорядка на территории России указанной категорией лиц предполагается возможность их трудовой деятельности без оформления разрешительных документов. Кроме того, в целях дополнительной меры по защите прав этих лиц необходимо предусмотреть возможность освобождения их от административной ответственности за правонарушения в части нарушения правил въезда в Россию, режима пребывания (проживания) в России, незаконное осуществление ими трудовой деятельности или нарушение иммиграционных правил, если такие нарушения будут выявлены в связи с подачей ими заявлений об установлении их личности с последующей выдачей временного документа. Вероятно, рассматриваемая законодательная инициатива позволит установить личность и документировать лиц без гражданства, длительное время проживающих на территории России без разрешительных документов, и в последующем в установленном порядке позволит им определиться с их правовым статусом.

Как одну из существенных проблем необходимо отметить факты самовольного оставления специальных учреждений лицами, в отношении которых были возбуждены исполнительные производства, чему способствует ненадлежащее принятие мер к охране территории специальных учреждений, которая зачастую осуществляется силами частных охранных предприятий. Такие факты имели место в специальном учреждении ГУ МВД России Санкт-Петербурга и Ленинградской области: учреждение самовольно покидали граждане Азербайджана, Узбекистана, Таджикистана и Молдовы<sup>14</sup>. Между тем длительность пребывания иностранных граждан в специальных учреждениях в некоторых случаях снижает эффективность данной меры, поэтому вопрос о законодательном установлении предельного срока пребывания иностранного гражданина в таком учреждении является сегодня в качестве одной из актуальных задач.

С другой стороны, есть мнение, что если в законе будет определен максимальный срок задержания, то «опасный для отечественного правопорядка субъект» может оказаться на свободе. Таким образом, необходимо найти баланс между разумностью и быстротой осуществления высылки, но главное, чтобы дело было рассмотрено с должной тщательностью и с учетом интересов задержанного, которому необходимо обеспечить действительную реализацию права на защиту» [Шерстобоев О.Н., 2014с: 32].

---

<sup>14</sup> Красное Село. Как устроен центр временного содержания иностранных граждан. Available at: URL: <https://zona.media/article/2017/03/29/suvsig> (дата обращения: 15.04.2019)

В качестве одного из путей решения назревшей проблемы предлагается разработать альтернативные меры контроля за гражданами, в отношении которых в установленном порядке принято решение о высылке с территории России. На наш взгляд, такой мерой могла бы стать их передача до исполнения *под надзор* российской принимающей стороне, если таковая имеется. Это позволит сократить затраты на содержание иностранных граждан в специальных учреждениях, а также будет более гуманным, поскольку в меньшей степени ограничивает их право на свободу передвижения.

Безусловно, введение такой меры потребует внесения изменений и дополнений в главу VI.1 ФЗ «О правовом положении иностранных граждан», где регламентирован порядок содержания иностранных граждан в специальном учреждении, в части возможности передачи иностранного гражданина до исполнения решения о принудительной высылке под надзор российской принимающей стороне. При этом нужно предусмотреть ответственность российской принимающей стороны за невыполнение обязанностей надзора за иностранными гражданами, в отношении которых принято решение о принудительной высылке из России, путем внесения соответствующей нормы в Кодекс административных правонарушений (КоАП) либо дополнения положений ч. 1 ст. 18.9 КоАП «Нарушение правил пребывания в Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства». Думается, что административная ответственность в случае подобных нарушений должна быть суровой и влечь за собой максимально высокие штрафные санкции.

Необходимо также обратить внимание, что в ФЗ «О правовом положении иностранных граждан» определены общие принципы содержания в специальных учреждениях иностранных граждан, такие как законность, гуманизм, уважение человеческого достоинства, личная безопасность и охрана здоровья граждан. Вместе с тем указанные принципы зачастую соблюдаются не в полной мере, порождая жалобы иностранных граждан.

## **2. Судебная защита лиц, подлежащих высылке**

Статья 22 Конституции России предусматривает право каждого на свободу и личную неприкосновенность. Арест, заключение под стражу и содержание под стражей допускаются только по судебному решению. До судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов. Таким образом, временное помещение иностранного гражданина, подлежащего высылке, в специальное учреждение является существенным ограничением его прав и может осуществляться исключительно с санкционирования суда.

В настоящее время вопросы помещения иностранного гражданина в специальное учреждение для его депортации или реадмиссии регулируются главой 28 Кодекса административного судопроизводства РФ (далее — КАС), вступившего в законную силу в 2015 г. При осуществлении правосудия по данной категории дел в компетенцию суда входит решение двух основных вопросов: 1) проверка основания временного размещения лица, подлежащего реадмиссии или депортации, в специальном учреждении; 2) определение правомерности определенного административным истцом срока пребывания этого лица в специальном учреждении до его фактической высылки (депортации) или передачи в случае реадмиссии другому государству [Зеленцов А.Б., Ястребов О.А., 2017: 678].

Важно подчеркнуть, что при рассмотрении заявления о помещении иностранного гражданина в такого рода специальное учреждение для осуществления его депортации или реадмиссии суд должен определить предельный срок содержания гражданина в указанном учреждении<sup>15</sup>, но сам этот срок не назван. Отечественные ученые указывают на правовой пробел в этой области [Мальшев Е.А., 2017: 240].

Если обратиться к мировому опыту функционирования учреждений подобного рода, то, например, во Франции созданы центры административного содержания иностранных граждан, подлежащих высылке из страны, где нелегалы могут находиться до 45 дней. В США в среднем продолжительность ожидания высылки иностранца составляет около 20 дней, если он не совершил уголовно наказуемое деяние, в иных случаях — 32 дня. В Италии, если личность иностранного гражданина не удостоверяется в течение 18 месяцев, он высылается из страны [Трыканова С.А., 2015: 4]. Этот подход может быть положен в основу подготовки предложений в отечественное законодательство по определению предельного срока содержания в специальных учреждениях иностранных граждан, подлежащих высылке, в соответствии с международными стандартами.

Применительно к осуществлению административного выдворения иностранных граждан за пределы России А.С. Дугенец отметил, что из числа административных наказаний лишь одно это является бессрочным, поскольку сроки исполнения данных процессуальных действий КоАП РФ не определены [Дугенец А.С., 2007: 24]. Как следует из положений ч. 1 ст. 27.19 КоАП РФ, помещение в специальные учреждения иностранных граждан, подлежащих принудительному выдворению за пределы России, длится до реализации такого принудительного выдворения. Сняв ограничение с иностранного гражданина ранее этого срока, официальные власти могут поставить под угрозу реализацию высылки, а также сам правопорядок.

<sup>15</sup> См.: ст. 266 КАС от 08.03.2015 № 21-ФЗ. (ред. от 27.12.2018). СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

Вместе с тем содержание таких лиц в специальном учреждении не может продолжаться по истечении срока давности исполнения постановления об административном выдворении за пределы России, который согласно ч. 1 ст. 31.9 КоАП, составляет два года и исчисляется со дня вступления соответствующего постановления в законную силу. Следовательно, отечественный законодатель сознательно не определил предельный срок содержания иностранного гражданина в специальном учреждении, поскольку у иностранца часто могут отсутствовать документы, удостоверяющие его личность, необходимые для пересечения Государственной границы России. Задачи по документированию требуют значительных временных затрат, прогнозировать которые довольно трудно.

### **3. Прокурорская защита лиц, подлежащих высылке**

Необходимым условием обеспечения законности в области рассматриваемых правоотношений являются своевременное выявление имеющих место нарушений и принятие необходимых мер по их устранению, восстановлению правопорядка, нарушенных прав и законных интересов иностранных граждан. Эта работа должна проводиться уполномоченными должностными лицами в тесном взаимодействии с прокурорами. Социальная ценность и значимость деятельности прокурора заключается в обеспечении им законности, которая достигается выявлением нарушений закона и реагированием на эти нарушения предусмотренными законом средствами [Ергашев Е.Р., Фирсова А.А., 2013: 184]. Учитывая важность соблюдения прав человека при рассмотрении вопроса о помещении иностранного гражданина, подлежащего депортации или реадмиссии, в специальное учреждение или о продлении срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего депортации или реадмиссии, в специальном учреждении в соответствии с КАС административные дела такого рода рассматриваются с участием прокурора<sup>16</sup>.

В доктрине есть мнение о необходимости в качестве дополнительной гарантии соблюдения законности при помещении в специальные учреждения иностранных граждан, подлежащих выдворению за пределы территории России, также предусмотреть обязательное извещение прокурора для обеспечения его участия в рассмотрении соответствующих дел об административных правонарушениях, а также при решении вопроса о продлении и приостановлении срока содержания в специальных учреждениях [Мама-тов М.В., Маслов И.А., 2018: 102].

---

<sup>16</sup> Ст. 268 КАС от 08.03.2015 № 21-ФЗ (ред. от 27.12.2018). СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

#### **4. Институт уполномоченных по правам человека в Российской Федерации в механизме защиты прав иностранных граждан, подлежащих высылке**

Важная роль в восстановлении нарушенных прав иностранных граждан, а также совершенствовании федерального законодательства, определяющего правовое положение иностранных граждан, отечественным законодателем отведена деятельности Уполномоченного по правам человека (омбудсмена). Создание института омбудсмена открыло новые перспективы в отношениях личности и государства. Это — важнейший фактор укрепления режима законности в деятельности органов исполнительной власти и действенная форма внесудебного контроля [Корабельникова Ю.Л., 2007: 35]. При этом его деятельность рассматривается не как альтернатива, а как дополнительное средство правовой защиты [Хаманева Н.Ю., 1997: 22].

Деятельность института Уполномоченного по правам человека является важным шагом в развитии демократических процессов, направленных на укрепление статуса личности, гарантий реализации прав и свобод человека [Овчинников Ю.Г., 2016: 52]. В соответствии с п. 3 ст. 1 Федерального конституционного закона от 26.02.1997 №1-ФКЗ (ред. от 31.01.2016) «Об уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» он призван контролировать соблюдение прав и свобод человека и гражданина, гарантированных Конституцией России, законами и другими нормативными актами, а также международными пактами, соглашениями, ратифицированными или утвержденными Российской Федерацией<sup>17</sup>.

Примечательно, что в его деятельности (как свидетельствует статистика) наибольшее количество жалоб на нарушения прав граждан при производстве по делам об административных правонарушениях связано с применением мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях<sup>18</sup>, в числе которых — помещение в специальные учреждения иностранных граждан или лиц без гражданства, подлежащих принудительному выдворению за пределы государства<sup>19</sup>. Уполномоченный по правам человека в соответствии с положениями ФЗ «О правовом положении иностранных граждан наделен правом посещать специальные учреждения. Кроме того, при проверке жалоб, поступивших от иностранных граждан, он

<sup>17</sup> СЗ РФ. 1997. № 9. Ст. 1011.

<sup>18</sup> Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации // Российская газета. 2016. 24 марта. № 61; 2017. 17 мая. № 104.

<sup>19</sup> См.: ст. 27.19 КоАП от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 06.02.2019) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

вправе беседовать с ними наедине в условиях, исключающих возможность администрации слышать беседующих<sup>20</sup>.

Российские омбудсмены проводят активную работу по защите прав иностранных граждан, содержащихся в специальных учреждениях, о чем свидетельствуют данные официальных сайтов. Так, в специальном учреждении временного содержания иностранных граждан в Якутске уполномоченным по правам человека в Республике Саха (Якутия) было отмечено нарушение санитарных норм, вызванное превышением допустимого количества содержащихся там лиц. Кроме того, в установленные сроки не проводился профилактический медосмотр иностранных граждан на туберкулез<sup>21</sup>. В рамках проверки специального учреждения в Москве также был выявлен ряд нарушений содержания иностранных граждан, среди которых слабое проветривание помещений, недостаточность средств личной гигиены, плохая телефонная связь<sup>22</sup>. В Краснодаре к омбудсмену во время посещения специального учреждения содержащиеся там матери с детьми в возрасте от 4 месяцев до 11 лет обратились с жалобой на нехватку предметов первой необходимости<sup>23</sup>.

## **5. Роль общественного контроля в соблюдении прав иностранных граждан, содержащихся в специальных учреждениях**

По ст. 5 Федерального закона от 10.06.2008 № 76-ФЗ (ред. от 17.12. 2018) «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии лицам, находящимся в местах принудительного содержания» субъектами общественного контроля и содействия этой категории лиц являются общественные наблюдательные комиссии, образуемые в субъектах Российской Федерации в установленном порядке, и члены этих комиссий. Кроме того, содействие иностранным гражданам, содержащимся в специальных учреждениях, могут осуществлять обще-

---

<sup>20</sup> См.: ст. 32.1-1 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032

<sup>21</sup> Якутский уполномоченный выявил ряд недостатков в центре временного содержания мигрантов. 2019. Available at: URL: [http://ombudsmanrf.org/news/v\\_rossii/view/jakutskij\\_upolnomochennyj\\_vyjavil\\_rjad\\_nedostatkov\\_v\\_centre\\_vremennogo\\_soderzhanija\\_migrantov](http://ombudsmanrf.org/news/v_rossii/view/jakutskij_upolnomochennyj_vyjavil_rjad_nedostatkov_v_centre_vremennogo_soderzhanija_migrantov) (дата обращения: 15.04.2019)

<sup>22</sup> Уполномоченный по правам человека в Москве посетила центр временного содержания иностранных граждан. 2019. URL: [http://ombudsman.mos.ru/ru/news/press\\_activities/3/976/index.html](http://ombudsman.mos.ru/ru/news/press_activities/3/976/index.html) (дата обращения: 15.04.2019)

<sup>23</sup> Краснодарский омбудсмен посетил центр временного содержания иностранных граждан. Available at: URL: [https:// gov-news.ru](https://gov-news.ru) (дата обращения: 15.04.2019)

ственные объединения и социально ориентированные некоммерческие организации<sup>24</sup>.

В целях эффективности общественного контроля в полномочия общественной наблюдательной комиссии входит посещение мест принудительного содержания иностранных граждан, рассмотрение их предложений, жалоб и заявлений, либо обращений иных лиц, которым стало известно о фактах нарушения прав иностранных граждан, содержащихся в специальном учреждении. По результатам общественного контроля комиссия готовит решения, которые носят рекомендательный характер.

Также общественная наблюдательная комиссия правомочна направлять Уполномоченному по правам человека, в Общественную палату России, общественную палату субъекта федерации, в администрацию специального учреждения, в общественные объединения, выдвинувшие кандидатов в члены общественной наблюдательной комиссии, в средства массовой информации и в компетентные государственные органы или их должностным лицам материалы по итогам общественного контроля и осуществлять взаимодействие с ними.

Особое внимание общественные наблюдательные комиссии уделяют общественному контролю над соблюдением прав находящихся в специальных учреждениях несовершеннолетних, беременных женщин и женщин с несовершеннолетними детьми. Материалы по итогам такого контроля направляются Уполномоченному при Президенте России по правам ребенка и уполномоченным по правам ребенка в соответствующих субъектах федерации.

Со всеми вышеперечисленными субъектами по вопросам, относящимся к сфере ее деятельности, общественная наблюдательная комиссия осуществляет взаимодействие и сотрудничество.

Необходимо отметить, что выявление ненадлежащих условий содержания иностранных граждан в специальных учреждениях требует незамедлительного реагирования государства, поскольку такие условия порождают жалобы иностранных граждан, а иногда провоцируют массовые беспорядки в этих местах. Так, в феврале 2018 года в Центре временного содержания иностранных граждан Главного управления МВД по Красноярскому краю «около 20 иностранных граждан, содержащихся в трех комнатах на первом этаже центра, забаррикадировались в помещении, жгли матрасы, разбили несколько камер видеонаблюдения, дезорганизовав своими действиями работу учреждения»<sup>25</sup>.

В целях недопущения подобных ситуаций рассмотренные механизмы судебной и прокурорской защиты, общественного контроля, а также деятель-

<sup>24</sup> СЗ РФ. 2008. № 24. Ст. 2789.

<sup>25</sup> Мигранты устроили бунт в центре временного содержания под Красноярском. Available at: URL: <http://www.interfax.ru/russia/599010> (дата обращения: 15.04.2019)

ности уполномоченных по правам человека в соблюдении прав иностранных граждан, содержащихся в специальных учреждениях, должны получать дальнейшее укрепление и развитие. Также в обязательном порядке необходимо нормативное правовое урегулирование статуса специальных учреждений, в которых содержатся иностранные граждане. Правила содержания иностранных граждан, подлежащих административному выдворению за пределы страны в форме принудительного выдворения, депортации или реадмиссии в специальных учреждениях утверждены Постановлением Правительства России от 30.12.2013 № 1306 (ред. от 17.06. 2016)<sup>26</sup>. Это фактически основной на сегодняшний день нормативный правовой документ, определяющие административно-правовой статус такого рода учреждений. Вместе с тем Правила носят рамочный характер и не дают ответов на проблемные вопросы, с которыми ежедневно приходится сталкиваться сотрудникам этих подразделений и полиции. В связи с этим необходимо разработать и принять ведомственный нормативный правовой документ, содержащий вопросы организации деятельности рассматриваемых специальных учреждений МВД России, поскольку несовершенство нормативной правовой базы функционирования специальных учреждений, отсутствие законодательных ограничений сроков пребывания в них иностранных граждан создают потенциальную возможность ущемления прав иностранных граждан.

Например, в Ярославской области в Центре временного содержания иностранных граждан, подлежащих депортации либо административному выдворению за пределы страны, происходили нарушения режима пребывания содержащихся там лиц, а именно — выход за территорию специального учреждения и привлечения их к ремонтным работам. Должностные лица учреждения были привлечены к строгой дисциплинарной ответственности [Исламова Э.Р., 2015: 23]. Вместе с тем, чтобы полностью исключить подобные факты, необходимо, как было сказано, устранить условия, способствующие им, а именно, различного рода пробелы правового регулирования применения мер, связанных с ограничением права на свободу передвижения иностранных граждан.

## **Заключение**

Отечественные ученые отмечают, что механизм регулирования миграционных процессов недостаточно совершенен как на уровне правоприменения,

---

<sup>26</sup> Постановление Правительства Российской Федерации «Об утверждении Правил содержания (пребывания) в специальных учреждениях Министерства внутренних дел Российской Федерации или его территориального органа иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению за пределы Российской Федерации в форме принудительного выдворения за пределы Российской Федерации, депортации или реадмиссии» // СЗ РФ. 2014. № 2 (часть 1). Ст. 130.

так и в плане нормативно-правового регулирования [Васильев А.М., Копченко И.Е., 2017: 6]. Реализация принудительной высылки иностранного гражданина за пределы государства имеет ряд существенных проблем, связанных с несовершенством международного и отечественного законодательства, регулирующего эту процедуру, а также с отсутствием должной налаженности ее механизма, несогласованностью и противоречивостью организации принудительной высылки иностранного гражданина за пределы государства, в частности, содержания в специальных учреждениях МВД или его территориального органа иностранных граждан, подлежащих административному выдворению за пределы государства в форме принудительного выдворения за его пределы, депортации или реадмиссии для всех этих категорий иностранных граждан.

Принудительная высылка иностранного гражданина из страны в любой ее форме в значительной степени вторгается в сферу прав и интересов личности, ограничивая право на свободу передвижения, поэтому она должна применяться с учетом всех объективных обстоятельств каждого дела. Это касается и содержания в специальных учреждениях иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих высылке из страны, поскольку указанная мера в значительной степени ограничивает их права.

В России ведется активная законотворческая работа в целях дальнейшей реализации принципов правового демократического государства, соответствия национального законодательства международным правовым актам. При этом современные тенденции к усилению миграционных процессов позволяют прогнозировать все большее возрастание актуальности проблемы совершенствования правовых механизмов ограничения права на свободу передвижения иностранных граждан.



## **Библиография**

Васильев А.М., Копченко И.Е. Содержание административно-правового регулирования иммиграции // Миграционное право. 2017. N 4. С. 3–6.

Воронцова И.В. Принцип обеспечения судебной защиты нарушенных прав и законных интересов как межотраслевой общепризнанный принцип // Вестник гражданского процесса. 2015. N 5. С. 109–128.

Дугенец А.С. Проблемы применения административной ответственности к иностранным гражданам и лицам без гражданства // Российский следователь. 2007. № 18. С. 22–24.

Ергашев Е.Р., Фирсова А.А. К вопросу об основных требованиях, предъявляемых к организации и проведению прокурорской проверки // Российский юридический журнал. 2013. № 1. С. 180–184.

Жолобов Я.Б. Административное выдворение за пределы Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства: проблемы и пути их решения // Судья. 2015. № 6. С. 31–36.

Зеленцов А.Б., Ястребов О.А. Судебное административное право. М.: Статут, 2017. 768 с.

Исламова Э.Р. Вопросы обеспечения законности в миграционной сфере // Законность. 2015. № 5. С. 20–24.

Корабельникова Ю.Л. Взаимодействие уполномоченного по правам человека в РФ и федеральных органов исполнительной власти в сфере восстановления прав и свобод граждан // Вестник Московского университета МВД России. 2007. № 1. С. 33–35.

Косарева В.В. Механизм правового регулирования в сфере миграционных отношений (теоретико-правовой аспект) // Ленинградский юридический журнал. 2016. № 4. С. 74–83.

Кривенкова М.В. Юридические основания международно-правовой ответственности государств в сфере вынужденной миграции//Миграционное право. 2017. № 2. С. 6–9.

Крупский М., Саввина Т. Депортация как нарушение права на уважение частной и семейной жизни, гарантированного статьей 8 Конвенции//Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2017. № 2. С. 4–13.

Малышев Е.А. Государственное управление в сфере внешней трудовой миграции: теория и практика. М.: Юстицинформ, 2017. 240 с.

Маматов М.В., Маслов И.А. О сроках содержания в специальных учреждениях иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 2. С. 95–102.

Овчинников Ю.Г. Влияние деятельности омбудсмена в Российской Федерации на отдельные институты досудебного производства в уголовном процессе // Российская юстиция. 2016. № 8. С. 52–55.

Савельева М.В. Применение административного наказания в виде административного выдворения за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства//Миграционное право. 2016. № 1. С. 18–21.

Сандугей А.Н. Депортация: наказание или процедура//Административное право и процесс. 2005. № 1. С. 32–35.

Сивова А.А. Обращение к международным нормам и зарубежному опыту при применении принудительной высылки осужденных иностранных граждан как меры обеспечения национальной безопасности//Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2018. № 4. С. 23–26.

Смашникова Т.Б. Административно-правовое противодействие незаконной миграции в Российской Федерации и Республике Беларусь: сравнительно-правовой анализ: автореф. дис.... к.ю.н. Челябинск, 2012. 26 с.

Трыканова С.А. Сравнительный анализ зарубежной организационно-правовой практики создания и функционирования специальных учреждений для содержания иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих административному выдворению или депортации//Миграционное право. 2015. № 3. С. 3–4.

Хаманева Н.Ю. Специфика правового статуса уполномоченного по правам человека в РФ и проблемы законодательного регулирования его деятельности//Государство и право. 1997. № 9. С. 21–30.

Шерстобоев О.Н. Доктрина надлежущей судебной защиты в административном праве (на примере высылки иностранных граждан)//Журнал российского права. 2014а. № 2. С. 68–79.

Шерстобоев О.Н. Нормативные правовые модели административной высылки: сравнительно-правовое исследование // Вестник Омской юридической академии. 2016. № 1. С. 5–8.

Шерстобоев О.Н. Ограничение свободы иностранного гражданина, подлежащего высылке за пределы принимающего государства // Административное право и процесс. 2014b. № 12. С. 32–36.

Шерстобоев О.Н. Теория интересов в административно-правовом измерении: на примере высылки иностранных граждан за пределы принимающего государства // Российский юридический журнал. 2014c. № 3. С. 99–108.

Grable D. Personhood under The Due Process Clause: a Constitutional Analysis of Illegal Immigration Reform and Immigrant: Responsibility Act 1996. Cornell Law Review, 1998, no 3, pp. 840–841.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 3**

### **Expulsion of a Foreign Citizen as a Restriction of its Right to Free Movement and as a Way of Ensuring National Security**



**Igor Amelchakov**

Associate Professor, Putilin Belgorod Law Institute, Ministry of Internal Affairs, Candidate of Juridical Sciences. Address: 71 Gorky St., Belgorod 308024, Russia. E-mail: Belui@lenta.ru



**Olga Kataeva**

Associate Professor, Putilin Belgorod Law Institute, Ministry of Internal Affairs, Candidate of Juridical Sciences. Address: 71 Gorky St., Belgorod 308024, Russia. E-mail: kataeva\_70@mail.ru



#### **Abstract**

Ensuring the realization of the right to free movement became an integral attribute of all democratic states today resulting in increasing number of participants involved in international migration exchange. The UN experts estimate that more than three percent of the population of the planet, i.e. 244 million people are migrants today. This fact shows a trend of globalization of the migration movement. At the same time, researchers of migration process come to the conclusion that a global migration crisis takes place, because of uncontrolled migratory movement causing a significant threat for the nation's security of the hosting countries. At the same time, illegal migration is regarded as the most dangerous manifestation of migratory movements that negatively influence on social and economic development of the states, and on crime rate. It is necessary to note that the development of the institutes of the restrictions of human right to free movement took place along with the historical process of the formation of this right and initially aims at ensuring national security. At present, one of the most effective ways of protection against the potential threats connected with foreign citizens staying within the territory of the country and violating the nation's legislation is their forced expulsion from the territory of the Russian Federation which can be carried out in the form of administrative expulsion of the foreign citizens and stateless persons, and also in the form of deportation or readmission. However, despite

all the existing differences these procedures have common features, including procedure for detaining foreign citizens and stateless persons in the special institutions of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation or its territorial body to administrative expulsion from the Russian Federation in the form of forced expulsion, or deportation or readmission. At the same time the basic principles of keeping foreign citizens in detention facilities are legitimacy, humanism, respect of human dignity, personal safety and healthcare. It is considered the issues of legal and prosecutorial protection and public control, as well as the activity of the Russian Federation ombudsman for human rights to be the guarantees of observing these principles. It is forming a reasonable conclusion that it is necessary to continue the development of legal mechanisms of the restriction of the right to foreign citizens' free movement in order to ensure the nation's security of the Russian Federation.



### Keywords

migration; global migration crisis; foreigners; free movement; Constitution of Russia; restriction of the right; expulsion of a foreign citizen.

**For citation:** Amelchakov I.F., Kataeva O.V. (2019) Expulsion of a Foreign Citizen as a Restriction of its Right to Free Movement and as a Way of Ensuring National Security. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 138–159 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.138.159



### References

- Dugenets A.S. (2007) Applying administrative liability to foreign citizen. *Rossiyskiy sledovatel'*, no 18, pp. 22–24 (in Russian)
- Ergashev E.R., Firsova A.A. (2013) Major requirements to arranging prosecutor's investigation. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 1, pp. 180–184 (in Russian)
- Grable D. (1998) Personhood under the Due Process Clause: a Constitutional Analysis of the Illegal Immigration Reform: Responsibility Act 1996. *Cornell Law Review*, no 3, p. 840–841.
- Islamova E.R. (2015) Securing legality in migration. *Zakonnost'*, no 5, pp. 20–24 (in Russian)
- Khamaneva N. Yu. (1997) The status of ombudsman in the Russia and legal regulation in this sphere. *Gosudarstvo i pravo*, no 9, pp. 21–30 (in Russian)
- Korabel'nikova Yu. L. (2007) The cooperation between ombudsman and federal executive bodies. *Vestnik Moskovskogo universiteta MVD*, no 1, pp. 33–35 (in Russian)
- Kosareva V.V. (2016) Legal regulation of migration. *Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 4, pp. 74–83 (in Russian)
- Krivenkova M.V. (2017) Legal principles of international liability of states in forced migration. *Migratsionnoe pravo*, no 2, pp. 6–9 (in Russian)
- Krupskiy M., Savvina T. (2017) Deportatsiya kak narushenie prava na uvazhenie chastnoy i semeynoy zhizni, garantirovannogo stat'ey 8 Konventsii. *Pretsedenty Evropeyskogo suda po pravam cheloveka*, no 2, pp. 4–13 (in Russian)
- Malyshev E.A. (2017) State management in labour migration. Moscow: Yustitsinform, 240 p. (in Russian)
- Mamatov M.V., Maslov I.A. (2018) Period of stay of foreign citizens in special departments. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 2, pp. 95–102 (in Russian)

- Ovchinnikov Yu.G. (2016) The role of ombudsman and institutions of prejudicial proceeding in Russia. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 8, pp. 52–55 (in Russian)
- Savel'eva M.V. (2016) Administrative penalty in the form of administrative expulsion. *Migratsionnoe pravo*, no 1, pp. 18–21 (in Russian)
- Sandugey A.N. (2005) Deportation: punishment or procedure. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 1, pp. 32–35 (in Russian)
- Sherstoboev O.N. (2014a) Judicial defence in administrative law. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 2, pp. 68–79 (in Russian)
- Sherstoboev O.N. (2016) Legal models of administrative expulsion. *Vestnik Omskoy yuridicheskoy akademii*, no 1, pp. 5–8 (in Russian)
- Sherstoboev O.N. (2014b) Restriction of freedoms of foreign citizen to be dispatched from state. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 12, pp. 32–36 (in Russian)
- Sherstoboev O.N. (2014c) Interests in administrative law. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 3, pp. 99–108 (in Russian)
- Sivova A.A. (2018) International norms and foreign experience as a measure to secure national security. *Ugolovno-ispolnitel'naya sistema: pravo, ekonomika, upravlenie*, no 4, pp. 23–26 (in Russian)
- Smashnikova T.B. (2012) Administrative law counteraction against illegal migration in Russia and Belarus. Candidate of Juridical Sciences Summary. Chelyabinsk, 26 p. (in Russian)
- Trykanova S.A. (2015) Comparative analysis of foreign legal practice to create special centers for foreign citizens and persons without citizenship. *Migratsionnoe pravo*, no 3, pp. 3–4 (in Russian)
- Vasil'ev A.M., Kopchenko I.E. (2017) Administrative law regulation of migration. *Migratsionnoe pravo*, no 4, pp. 3–6 (in Russian)
- Vorontsova I.V. (2015) Securing judicial defence for violated rights and legal interests as a common principle. *Vestnik grazhdanskogo protsessa*, no 5, pp. 109–128 (in Russian)
- Zelentsov A.B., Yastrebov O.A. (2017) *Judicial administrative law*. Moscow: Statut, 768 p. (in Russian)
- Zholobov Ya. B. (2015) Administrative extradition of foreign citizens. *Sud'ya*, no 6, pp. 31–36 (in Russian)

# Экстерриториальное проявление юрисдикции государства в условиях трансформации восприятия его пространственных границ



**Л.В. Терентьева**

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 123242, Российская Федерация, Москва, ул. Садово-Кудринская, 9. E-mail: terentevamila@mail.ru



## **Аннотация**

В статье проведен анализ понятия «юрисдикция государства», а также оснований проявления экстерриториальной юрисдикции в виде предписывающих (законодательных), исполнительных и судебных полномочий государства. Изучена тенденция к распространению экстерриториальной юрисдикции, утрачивающей значение юрисдикции «последнего уровня» ввиду возможности ее установления не только в отношении преступлений в сфере международного права, но и применительно к иным публично-правовым отношениям в сфере налогового, антимонопольного, информационного регулирования. Предложено диалектическое рассмотрение экстерриториальной юрисдикции — с одной стороны, в международном праве действует принцип суверенного равенства и территориального верховенства государств, с другой стороны, фактически имеет место не санкционированное продление юрисдикции одного государства в отношении другого. Противоречие вызывает необходимость выработки ограничительных механизмов установления экстерриториальной предписывающей юрисдикции в виде тесной связи применяемого закона и соответствующего отношения, одним из проявлений которой может являться осведомленность иностранных лиц о правовых актах, предусматривающих экстерриториальную сферу действия. Иллюстрацией необходимости данного ограничения является внетерриториальное информационно-коммуникационное пространство на платформе киберпространства, в котором любая деятельность может подпадать под предписывающую юрисдикцию того или иного государства при отсутствии связи отношения с государством суда и осведомленности лиц об иностранном законодательстве. Рассмотрена возможность установления экстерриториальной предписывающей юрисдикции в отсутствие предусмотренной законом экстерриториальной сферы его действия, если его экстерриториальное применение имеет существенный публично-правовой интерес соответствующего государства. Ввиду взаимосвязи предписывающей юрисдикции и экстерриториальной судебной юрисдикции, а также имплицитно присущего экстерриториальному действию частноправовых норм отмечаются широкие основания установления экстерриториальной судебной юрисдикции в отношении трансграничных частноправовых споров. Анализируется критерий тесной связи как основание установления экстерриториальной судебной юрисдикции, отвечающей современным вызовам информационного общества.



## Ключевые слова

юрисдикция государства; экстерриториальность; экстерриториальная юрисдикция; суверенитет; тесная связь; судебная юрисдикция; предписывающая (законодательная) юрисдикция; исполнительная юрисдикция.

**Благодарности:** Работа выполнена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках исследовательского проекта РФФИ «Сетевое право сетевого общества: новые регуляторные модели», проект № 18-29-16061, реализуемый по результатам конкурса на лучшие научные проекты междисциплинарных фундаментальных исследований.

**Для цитирования:** Терентьева Л.В. Экстерриториальное проявление юрисдикции государства в условиях трансформации восприятия его пространственных границ // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 160–180.

УДК: 341.9

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.160.180

## Введение

Распространение экстерриториальной юрисдикции в современных условиях теряет значение в качестве юрисдикции «последнего уровня», принимая во внимание возможность ее установления не только в отношении преступлений в сфере международного права, но и применительно к иным публично-правовым отношениям, возникающим в сфере налогового, антимонопольного и информационного регулирования. Поскольку пределы распространения полной юрисдикции государств очерчиваются не только рамками физически определенных границ, но и сферой информационного-коммуникационного пространства, не имеющего осязаемого, плоскостного аспекта, проявление экстерриториальной юрисдикции становится все более частым явлением. Фактически любая деятельность ныне может подпадать под предписывающую юрисдикцию иностранных государств при полном отсутствии связи отношения с государством суда и осведомленности лиц об иностранном законодательстве. Данное обстоятельство обуславливает необходимость выработки механизмов, которые конкретизировали бы условия и основания проявления экстерриториальной юрисдикции государства в виде предписывающих (законодательных), исполнительных и судебных полномочий государства.

## 1. Территориальная юрисдикция

Традиционно авторы при обращении к теме юрисдикции отмечают неоднозначность доктринальных подходов, отображающих ее содержание. Пре-

имущественно юрисдикция в научной литературе определяется в качестве проявления суверенитета государства и сферы действия государственной власти в рамках определенной территории [Лукашук И.И., 1998: 112]; [Моисеев А.А., 2009: 32]; [Ромашев Ю.С., Фетищев Д.В., 2009:7]; [Каюмова А.Р., 2007: 316–323].

Н.А. Ушаков отождествляет юрисдикцию с государственной властью. Под юрисдикцией он понимает осуществление государством своих властных полномочий: «государственная власть, будучи единой, состоит из законодательной, исполнительной (административной) и судебной власти» [Ушаков Н.А., 1993:10]. В определении Я. Броунли юрисдикция обозначена в качестве одного из аспектов суверенитета как судебная, законодательная и административная компетенция [Броунли Я., 1977: 425]. Аналогичным образом, определяет термин «юрисдикция» Л.Н. Галенская, включая в него действие норм права в пространстве и по кругу лиц, а также все способы реализации права: применение, соблюдение и использование [Галенская Л.Н., 1978: 35–38]. Юрисдикция обозначается и как одно из свойств государства, под которым понимаются осуществление правового регулирования общественных отношений, и обеспечение его соблюдения посредством применения мер исполнительного и принудительного характера [Черниченко С.В., 1999:117]; [Черниченко О.С., 2003:11].

В международно-правовых актах юрисдикция, как правило, рассматривается с точки зрения распространения суверенной власти государств-участников на какие-либо объекты или определенные участки территории, а также как проявление территориального верховенства [Каюмова А.Р., 2016: 14, 29]. Так, в ст. 2 Проекта Декларации прав и обязанностей государств (1949) предусмотрено право каждого государства осуществлять юрисдикцию над своей территорией и над всеми лицами и вещами, находящимися в ее пределах, с соблюдением признанных международным правом иммунитетов. Из приведенных определений можно выделить как содержательный аспект юрисдикции, а именно совокупность властных полномочий (предписывающая, судебная, исполнительная юрисдикция), так и форму ее реализации — пространственное ограничение ее действия пределами государственной территории. Именно в таком смысле понимается юрисдикция в ч. 2 ст. 67 Конституции России, в соответствии с которой Россия обладает суверенными правами и осуществляет юрисдикцию на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне в порядке, определяемом федеральным законом и нормами международного права.

Определение юрисдикции посредством перечисления совокупности властных полномочий предопределило классификацию элементов юрисдикции в отечественной и иностранной доктрине на три вида в зависимости от характера осуществления власти: а) предписывающая юрисдикция — власть

государства делать свое право обязательным для физических и юридических лиц; б) судебная юрисдикция — власть государства подчинять физических и юридических лиц выносимым его судами и другими органами решениям.

## **2. Экстерриториальная юрисдикция**

Понятие экстерриториальной юрисдикции исследуется преимущественно в рамках международного публичного права. Следует отметить, что и в отношении данного термина в доктрине не существует единства. Так, Ю.В. Ключников проводил отождествление ограниченной и экстерриториальной юрисдикции, понимая под последней юрисдикцию в отношении иностранцев [Ключников Ю.В., 2002: 11–17]. В других работах в основу определения экстерриториальной юрисдикции положен персональный принцип, в силу которого государство может обязывать своих граждан и организации за рубежом соблюдать свои законы [Лазутин Л.А., 2008: 40–45]. В работе И.И. Лукашук и А.В. Наумова говорится, что государство осуществляет полную юрисдикцию в пределах своей территории и ограниченную юрисдикцию в отношении своих граждан и организаций за рубежом [Лукашук И.И., Наумов А.В., 1999:39]. И.И. Лукашук отмечал, что персональный принцип реализуется на основе экстерриториальной юрисдикции, в соответствии с которой государство осуществляет в определенном объеме свою власть в отношении граждан, если они находятся за пределами его территории [Лукашук И.И., 2005: 299].

Именно территориальному аспекту юрисдикции была отведена роль ключевого критерия при разграничении таких понятий, как «территориальная» и «экстерриториальная» юрисдикция. Фактически понятие экстерриториальной юрисдикции было сформулировано в качестве антитезы территориальной юрисдикции. Под территориальной юрисдикцией традиционно понимается совокупность определенных властных полномочий государства, реализуемых в рамках определенной территории, а под экстерриториальной юрисдикцией понимается распространение властных полномочий (законодательной (предписывающей) или судебной юрисдикции) за пределы государства.

Из территориального характера властных полномочий государства, а именно ограниченности рамками определенных географических границ, в доктрине сложилась неоднозначная позиция относительно возможности экстерриториального проявления исполнительной юрисдикции. Так, ряд авторов предусматривал возможность выхода юрисдикции за пределы территории государства преимущественно в отношении законодательной (предписывающей) и судебной юрисдикции [Каюмова А.Р., 2016: 36]; [Colangelo A.,

2014: 1303]. Обоснованием данной позиции послужило то, что по сравнению с предписывающей и судебной юрисдикцией, которая может быть направлена на конкретного субъекта и в том случае, когда он находится за пределами государства, исполнительная юрисдикция государства статична и ограничена территорией соответствующего государства. Я. Броунли также отмечал обусловленность обеспечения исполнения юрисдикции территориальными факторами [Броунли Я., 1977: 426].

В то же время в доктрине имелась и противоположная позиция, предусматривающая возможность экстерриториальной реализации исполнительной юрисдикции наряду с предписывающей (законодательной) и судебной [Kamminga M., 2012: 41-77]. При этом обоснования отнесения исполнительной юрисдикции к экстерриториальной юрисдикции приведено не было.

Отмеченный в научной литературе экстерриториальный характер предписывающей (законодательной) и судебной юрисдикции, безусловно, проявляется не в том, что ее реализация осуществляется на территории иностранного государства, что серьезным образом противоречило бы принципу территориального верховенства государства. Одно государство не может принимать на территории другого государства меры, направленные на принудительное осуществление своих внутренних законов без согласия этого другого государства. Экстерриториальный характер юрисдикции обнаруживается в направленности или ориентировании юрисдикции на иностранных лиц, а также на имеющую место за рубежом деятельность иностранных лиц, что фактически свидетельствует о конфликте юрисдикций двух и более государств.

В равной степени указанный довод может быть применим и в отношении исполнительной юрисдикции. Если понимать под экстерриториальностью проявление юрисдикционных полномочий одного государства за пределами его границ, то реализация исполнительной юрисдикции, затрагивающей значимые интересы другого государства, также может приобретать экстерриториальный характер. В работе Я. Броунли была выявлена взаимосвязь судебной юрисдикции с процедурой принудительного осуществления судебных решений [Броунли Я., 1977: 426]. Принимая во внимание указанную взаимосвязь, можно предположить, что, если возможно экстерриториальное проявление судебной юрисдикции, следовательно, допустимо экстерриториальное осуществление и исполнительной юрисдикции. Транснациональный характер экономической деятельности обуславливает возможности принятия мер принудительного характера по отношению к иностранным компаниям путем, например, обращения взыскания как на имущество, так и на имущественные права различных структурных подразделений компаний, их филиалов, представительств. Таким образом, экстерриториальные

проявления могут иметь место не только в отношении предписывающей и судебной юрисдикции, но и в отношении исполнительной юрисдикции.

В связи с этим, если реализация законодательных, судебных, исполнительных полномочий одним государством затрагивает значимые интересы другого государства, на которое данная юрисдикция в большей степени ориентирована (направлена), следует говорить о ее экстерриториальном проявлении. А. Колангело выявил, что разграничение территориального или экстерриториального характера юрисдикции каждым отдельным государством в большей степени становится зависимым не от четкой территориальной демаркации между государствами, а от фактических обстоятельств [Colangelo A., 2014: 1323]. Отсутствие готовых решений в отношении ряда юрисдикционных конфликтов при исходной презумпции территориального характера юрисдикции было отмечено и в работе Я. Броунли. По его мнению, должен соблюдаться принцип существенной и подлинной связи между предметом юрисдикции, с одной стороны, с территориальной базой и разумными интересами той юрисдикции, которую стремятся осуществить, с другой [Броунли Я., 1977: 426].

Если экстерриториальная юрисдикция в большей степени выражается в ориентировании властных законодательных, исполнительных, судебных полномочий одного государства в отношении другого государства. При этом, если осуществление территориальной юрисдикции (в пределах государственной территории) является полным, то экстерриториальная юрисдикция имеет широкие границы ее реализации при возможном суженном объеме ее проявления в виде или законодательной (предписывающей), или судебной, или исполнительной юрисдикции.

Е.Г. Зинков видит разграничение понятий «экстерриториальное» и «экстратерриториальное» в зависимости от действий субъекта и направленности данных действий на объект. Так, «экстерриториальность» он понимает с точки зрения субъекта права, который распространяет (передает) действие своего права, преодолевая пределы своей юрисдикции в отношении объекта действия права [Зинков Е.Г., 2012: 20]. Что касается «экстратерриториальности» (*«extra»* с лат. — «сверх», воспринимается как «сверх территории», «сверх пространства», «сверх земель»), то данное проявление воспринимается принимающей стороной, которая принимает это действие права на себя и размещает его поверх существующего пространства действия своего права, т.е. делает его единым правовым пространством как принимающей, так и проникающей стороны [Зинков Е.Г., 2012: 25].

Следует согласиться с тем, что данные термины отражают единое явление с разных позиций относительно субъекта, распространяющего юрисдикцию, и объекта, в отношении которого данная юрисдикция распростра-

няется. В работе Е.Т. Усенко отрицалась возможность экстерриториального действия национального закона в силу того, что действие любого закона возможно только в пределах территории государства [Усенко Е.Т., 1996: 17–45]. В то же время проявление экстерриториальной юрисдикции является вопросом факта. Таким образом, вопрос экстерриториальной юрисдикции, распространяющейся за пределы пространства определенного государства, следует рассматривать в диалектическом противоречии между признанным в международном праве принципом суверенного равенства и территориального верховенства государств, не допускающим какого бы то ни было вмешательства извне [Луткова О.В., 2004: 42–55], и фактическим проявлением экстерриториальности законодательной (предписательной), судебной или исполнительной юрисдикции одного государства в отношении другого государства при отсутствии санкционирования подобных действий. Указанное противоречие обуславливает необходимость установления единых критериев, ограничивающих экстерриториальное распространение юрисдикции.

### **3. Ограничение экстерриториальной юрисдикции**

В отечественной доктрине отдельно обозначена категория универсальной юрисдикции, которую государство также может осуществлять даже когда оно не имеет никаких связей с преступником, жертвой или *locus situs* преступления [Каюмова А.Р., 2016: 151]; [Салгереев А.С., 2010: 31–35]. Эти авторы отмечают, что универсальная юрисдикция связана с особым характером преступления, носит субсидиарный, вспомогательный характер и должна применяться только тогда, когда другие правовые основания юрисдикции не задействованы. Следует отметить, что основания распространения универсальной и экстерриториальной юрисдикции некоторыми авторами отождествляются. Так, и в отношении экстерриториальной юрисдикции отмечен субсидиарный характер и необходимость применения в качестве юрисдикции «последнего уровня» к определенным видам особо опасных преступлений, носящих универсальный характер [Салгереев А.С., 2010: 31–35].

А. Колангело разграничивает категории универсальной и экстерриториальной юрисдикции и обосновывает трансформацию экстерриториальной юрисдикции в территориальную. По его мнению, поскольку основания применения универсальной юрисдикции предусмотрены в отношении преступлений особого характера (геноцид, пиратство, терроризм, захват заложников и т.п.), нарушающих международное право, универсальная юрисдикция реализуется государством вне зависимости от связи государства и соответствующего преступления, что фактически придает ей территориальный характер, обусловленный повсеместным действием международного права

[Colangelo A., 2014: 1327]. Категории универсальной и экстерриториальной юрисдикции действительно следует разграничить, но придание универсальной юрисдикции территориального характера вызывает определенные сомнения в силу возможности злоупотребления государств правом на юрисдикцию. Так, правомерность задержания лиц, обвиняемых в совершении преступлений против международного права, зачастую является предметом разногласий государств (например, это имело место в отношении экстрадированного в 2010 г. из Таиланда в США гражданина России В. Бута, обвиняемого в США в торговле оружием, сговоре с целью убийства граждан США и поддержке терроризма)<sup>1</sup>. Следует согласиться с опасениями судьи апелляционного суда второго округа в США Х. Кабранес, что возможность судей выносить решения по искам иностранных граждан против иностранных ответчиков, обвиняемых в преступлениях против международного права, совершенных за пределами США, обуславливают политику «юридического империализма», в рамках которой американские судьи становятся фактически глобальными арбитрами с полномочиями для разрешения геополитических вопросов [Cabranes J., 2015: 26–39]. Между тем, как отмечено в доктрине, осуществление государством уголовного преследования лица, совершившего преступление за пределами национальной территории, в обход принципа пространственных пределов действия национального уголовного закона должно устанавливаться в международном обычном праве и нормах международной вежливости [Салгереев А.С., 2010: 31–35].

В доктрине международного уголовного права имеет место расширение принципа территориальности путем включения в его состав субъективной и объективной территориальности. Под субъективной территориальности понимается осуществление государством уголовной юрисдикции в отношении преступления, совершенного на его территории, но оконченного за границей. Объективная территориальность проявляется, когда преступление в целом совершено за пределами территории государства, однако его последствия затрагивают интересы этого государства [Каюмова А.Р., 2016: 111].

Наряду с доктриной объективной и субъективной территориальности получила распространение и доктрина эффекта, или доктрина последствий. Она имеет экстерриториальный признак, проявляющийся в установлении юрисдикции в отношении иностранного гражданина, действия которого на территории иностранного государства имеют серьезные последствия на территории государства, устанавливающего юрисдикцию. Данный аспект является отличительным признаком доктрины эффекта от доктрины объективной территориальности, в соответствии с которой юрисдикция устанавли-

<sup>1</sup> Адвокаты Бута обвинили США в «фабрикации юрисдикции». URL: <https://lenta.ru/news/2011/01/22/fakinit> (дата обращения: 22.01.2011)

ливается в отношении лиц, имущества и действий вне территории, если тот или иной составляющий элемент поведения, подлежащего регулированию, имел место на территории государства [Каюмова А.Р., 2016: 111]. Таким образом, понимание территориальности или экстерриториальности исходит не из географических границ государства, а степени связи конкретного дела с иностранной или национальной юрисдикцией.

Принимая во внимание возможность установления экстерриториальной юрисдикции не только в отношении преступлений в сфере международного права, но и применительно к иным публично-правовым отношениям, возникающим в сфере налогового, антимонопольного и информационного регулирования, экстерриториальная юрисдикция фактически утрачивает свое значение в качестве юрисдикции «последнего уровня». В связи с этим доктрина эффекта (последствий) как основание установления экстерриториальной юрисдикции находит реализацию и за рамками международного уголовного права.

Тенденция к расширению оснований проявления экстерриториальной юрисдикции сложилась преимущественно в США, что позволило сделать вывод об ослаблении значения государственных границ как непоколебимого ограничения судебной и законодательной юрисдикции в течение XX в. [Рутерглен Д., Стерн Д., 2014: 132–157]. Один из первых экстерриториальных законов США (Антимонопольный закон 1890 г.), а также Закон об улучшении антимонопольного регулирования внешней торговли 1982 г., внесший поправки в Закон 1890 г., содержали указанную доктрину эффекта (последствий). Эта доктрина выражается в том, что антимонопольное законодательство будет применяться на основании частнопроводимого иска к не являющейся импортом трансграничной торговле при наличии прямых, существенных и предсказуемых последствий на товарном рынке США или на экспорт США [Бахаева А.В., 2012: 86–94]. В судебной практике доктрина эффекта была впервые применена в 1945 г. по делу *United States v. Aluminum Co. of America (ALCOA)* о нарушении антимонопольного законодательства США, в котором было отмечено, что «любое государство может привлечь к ответственности иностранное лицо за деяние, совершенное за его пределами, но имеющее негативные последствия внутри этого государства и наказуемое в этом государстве» [Каюмова А.Р., 2016: 113].

В научной литературе также отмечен ярко выраженный экстерриториальный характер ряда законов США на примере Закона о налогообложении иностранных счетов (*Foreign Account Tax Compliance Act*), в соответствии с которым зарубежные банки должны докладывать в Федеральную налоговую службу США о всех ведущихся у них счетах американских граждан, а также о всех операциях по этим счетам. Закон США о коррупции за рубежом

1977 г. (Foreign Corrupt Practices Act) запрещает компаниям и сотрудникам участвовать в любых формах подкупа должностных лиц за рубежом [Канашевский В.А., 2016: 136].

Тенденция проявления законодательной экстерриториальности США сохраняется и в отношении внетерриториальной информационно-коммуникационной сферы. Так, в 2018 г. принят Акт, разъясняющий законный доступ к данным, находящимся за рубежом (Облачный акт США). Он предусматривает возможность доступа правоохранительных органов США к данным интернет-пользователей, которые хранятся за пределами американской юрисдикции, по запросу уполномоченных американских органов в связи с проводимым расследованием. Запрос направляется непосредственно в компанию, обладающую такой информацией, вне зависимости от того, где она размещена.

Россия также следует доктрине последствий, принимая во внимание экстерриториальный характер Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции»<sup>2</sup>. В соответствии с ч. 2 ст. 3 положения данного Закона применяются к достигнутым за пределами территории России соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения или действия влияют на состояние конкуренции на территории России. В то же время предписывающая (законодательная) юрисдикция может быть ограничена, если иностранные компании, заключившие соглашения, противоречащие антимонопольному российскому регулированию, не имеют филиалов на территории России или не являются акционерами российских обществ. Так, суд применил ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции к иностранной компании», которая, по мнению суда, будучи основным участником российской компании с долей в уставном капитале 99,16%, оказывает влияние на состояние конкуренции на российской территории<sup>3</sup>. В другом решении суд установил, что компания не осуществляла деятельность на территории России, не имела в России филиалов, представительств, а также активов, не состояла ни в каких соглашениях и не совершала никаких действий, являющихся основанием для распространения на нее требований российского антимонопольного законодательства, что свидетельствует об отсутствии оснований требовать у данной компании представления информации в антимонопольный орган<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> СПС Консультант Плюс.

<sup>3</sup> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20.03.2014 № Ф05-1421/14 по делу № А40-66537/2013 // СПС Консультант Плюс.

<sup>4</sup> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 4.03.2014 № Ф05-145/14 по делу № А40-93451/2013 // СПС Консультант Плюс.

Проявление экстерриториального характера законодательных актов предопределяет необходимость выработки единых правил, препятствующих произвольному распространению юрисдикции. Так, А.Р. Каюмова отмечает ряд рекомендаций о необходимости соблюдения государствами базовых правил при реализации экстерриториальной уголовной юрисдикции, а именно, транспарентности и понятности законодательства, поскольку экстерриториальная юрисдикция может быть заявлена только в отношении широко известных преступлений на основании международных соглашений и договоров [Каюмова А.Р., 2016: 126–127].

В то же время, поскольку речь об экстерриториальном проявлении предписывающей и судебной юрисдикции может идти не только в контексте уголовного права, но и в иных публично-правовых областях, обостряется значимость выработки общих принципов возможного установления экстерриториальной предписывающей и судебной юрисдикции.

Американские авторы отмечают, что при оценке возможности применения экстерриториальной предписывающей юрисдикции должна быть учтена не только предметная сфера регулирования того или иного акта, но и географический охват соответствующего закона [Cabranes J., 2015:39]. А. Колангело также обосновывает необходимость применения экстерриториальной юрисдикции, если ответчик осведомлен о применимом к нему законе, а также при тесной связи, проявляющейся в том, что «государство должно иметь существенный контакт или значительную совокупность контактов, свидетельствующие об интересе государства таким образом, что выбор его права не является ни произвольным, ни несправедливым» [Colangelo A., 2014: 1321, 1326].

А. Колангело подвергает критике заимствование основания установления экстерриториальной судебной юрисдикции в виде минимальных контактов при установлении экстерриториальной предписывающей юрисдикции американскими судами. Так, по его мнению, основание для судебной экстерриториальной юрисдикции — правило минимальных контактов — может одновременно являться как недостаточной мерой (при установлении универсальной юрисдикции), так и чрезмерной мерой, которая противоречит правилам надлежащего процесса. Чрезмерность данной меры проявляется, когда правило минимальных контактов устанавливает предписывающую юрисдикцию в отношении временно пребывающего ответчика на территории государства суда после совершения деяния, являющегося предметом иска, но не связанного с государством суда, а также в отсутствии осведомленности о том, что законодательство США является применимым к деятельности ответчика [Colangelo A., 2014: 1307].

Наиболее ярко это проявляется при деятельности в информационно-коммуникационном пространстве на платформе киберпространства [Мажорина М.В., 2019: 107–120], которое трансформирует пространственно-временное восприятие. В сложной системе современных трансграничных связей фактически любая деятельность может подпадать под предписывающую юрисдикцию того или иного государства при отсутствии связи с государством суда и осведомленности об иностранном законодательстве.

Таким образом, целесообразным видится ограничение экстерриториальной предписывающей юрисдикции наличием тесной связи применяемого закона и соответствующего правоотношения, одним из проявлений которой может являться осведомленность иностранных лиц о предусматривающих экстерриториальное действие нормативно-правовых актах. Установление экстерриториальной предписывающей юрисдикции также возможно даже в отсутствие предусмотренной в законе экстерриториальной сферы его действия, если его экстерриториальное применение имеет существенный публично-правовой интерес для соответствующего государства.

Экстерриториальное проявление судебной юрисдикции в определенной степени зависит от оснований установления предписывающей юрисдикции. Используя фразеологизм Х. Кабранес, что ограничение судебной власти должно следовать в кильватере исполнительной и законодательной власти, следует отметить, что установление экстерриториальной судебной юрисдикции берет начало в экстерриториальном проявлении законодательной (предписывающей) юрисдикции.

Принцип экстерриториальности судебных полномочий в праве США является общим как для гражданского, так и для уголовного процесса<sup>5</sup>. Я. Броунли отмечал, что, поскольку гражданская юрисдикция в конечном счете подкрепляется процедурой принудительного осуществления судебных решений, связанной с уголовными санкциями, то, в принципе, нет большой разницы между проблемами, возникающими из притязаний на гражданскую и уголовную юрисдикцию в отношении иностранцев [Броунли Я., 1977: 426]. Юрисдикция судов США будет распространяться на предмет спора вне территории США, если истец предъявил факты, указывавшие на то, что совершенное за пределами страны деяние имело преднамеренные последствия для США, или что совершение деяния в Соединенных Штатах привело к определенным последствиям за их пределами, и это стало основанием для исковых требований.

Между тем в иностранной доктрине была отмечена тенденция ограничения компетенции американских судов в отношении споров, вытекающих

<sup>5</sup> Available at: URL: [http://rapsinews.ru/international\\_publication/20140416/271153652.html](http://rapsinews.ru/international_publication/20140416/271153652.html) (дата обращения: 16.04.2014)

из законов, которые не распространяют свое действие за пределы США (Morrison v. National Australia Bank Ltd (2010), Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. (2013), Norex Petroleum Ltd. v. Access Industries Inc. (2010). Наиболее заметно, по мнению иностранных ученых, данная тенденция была проявлена в деле Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., в котором американский суд ограничил распространение американского Закона о правонарушениях в отношении иностранных граждан (1789) за пределы США, если обвинения в нарушении прав человека «не затрагивают непосредственно территорию США» [Cabranes J., 2015: 39].

#### **4. Экстерриториальная судебная юрисдикция в отношении частноправовых споров**

Иной подход следует отметить в сфере частноправового регулирования, в рамках которого возможны широкие основания установления экстерриториальной судебной юрисдикции, обусловленные экстерриториальным характером самих частноправовых норм. Экстерриториальный или трансграничный эффект частноправовых норм был отмечен в доктрине международного частного права при обосновании применения иностранного права к частноправовым отношениям [Канашевский В.А., 2016: 134–135]; [Самарин А.А., 2016: 26]. При рассмотрении трансграничных частноправовых споров, экстерриториальное проявление судебной юрисдикции будет проявляться в ориентировании публично-правовых (процессуальных) норм, устанавливающих компетенцию судов одного государства в отношении лиц другого государства.

При установлении компетенции российских судов в отношении трансграничных частноправовых споров в определенной степени имеет место отражение доктрины объективной территориальности, а также доктрины эффекта, разработанной в рамках международного публичного права. В ГПК РФ и АПК РФ предусматривается компетенция российских судов по рассмотрению трансграничных споров, которые могут не обнаруживать строгой территориальности. Так, например, установление компетенции российского суда при рассмотрении спора по договору, исполнение которого имело место на территории как РФ, так и иностранного государства (п. 6 ч. 1 ст. 402 ГПК РФ, п. 3 ч. 1 ст. 247 АПК РФ), в определенной степени демонстрирует объективную территориальность. Доктрина эффекта может быть обнаружена в установлении компетенции судов в отношении споров, вытекающих из причинения вреда, имеющего место за пределами России с наступлением вредоносных последствий на ее территории (п. 4 ч. 1 ст. 247 АПК РФ); в отношении деятельности, имеющей место на территории иностранного

государства, по выдаче оператором поисковой системы ссылок, позволяющих получить доступ к информации в сети Интернет (п. 11 ч. 3 ст. 402 ГПК); в распространении за рубежом рекламы в сети Интернет, направленной на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории России (п. 2 ч. 3 ст. 402 ГПК).

Более широкие основания установления экстерриториальной судебной юрисдикции предусмотрены в странах общего права, где персональная экстерриториальная судебная юрисдикция устанавливается в соответствии с правилом «минимальных контактов». В российском праве можно говорить об определенном воспроизведении механизма действия американского правила «минимальных контактов», но только в отношении споров, вытекающей из предпринимательской и иной экономической деятельности. Так, в п. 10 ч. 1 ст. 247 АПК РФ наряду с территориальными критериями международной подсудности предусмотрена возможность установления арбитражными судами своей компетенции при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией России. Таким образом, арбитражный суд имеет возможность принять к своему рассмотрению фактически любое (подведомственное ему) дело при установлении тесной, с точки зрения суда, связи правоотношения с территорией России.

Критерий тесной связи как основание установления международной подсудности арбитражных судов получил весьма неоднозначную оценку в доктрине. Так, ряд авторов отнесение к компетенции арбитражных судов широкого круга споров воспринял как серьезное достижение процессуального закона, позволяющего уйти от исчерпывающего перечня оснований альтернативной юрисдикции, а также восполняющего возможные правовые пробелы в области определения международной подсудности [Марышева Н.И., 2004: 38]; [Мамаев А.А., 2008: 154–155]. В то же время неопределенность критериев установления тесной связи вызвали критику в доктрине ввиду ничем не ограниченной возможности как необоснованного расширения, так и сужения границ компетенции судов [Ерпылева Н.Ю., 2003: 36]; [Осипов А.О., 2014: 138].

Прогрессивное значение тесной связи проявляется в условиях развития информационно-коммуникационных процессов, в рамках которых жесткие критерии, сформулированные на основе привязки к территории России (исполнение договора на российской территории, имущество на ее территории, причинение вреда имуществу на территории России и т.п.), не оставляют суду возможности установить свою компетенцию, когда спорное отношение ориентировано на государство местонахождения суда. В связи с этим критерий тесной связи как основание международной подсудности в большей степени отвечает современным вызовам, постановка которых обусловлена

стремительным развитием информационного общества и цифровых технологий. При этом установление гибких дискреционных критериев возможно только при реализации экстерриториальной юрисдикции в отношении трансграничных частноправовых споров, принимая во внимание имплицитно заложенное экстерриториальное действие частноправовых норм.

## **Заключение**

Разграничение территориальной и экстерриториальной юрисдикции исключительно через призму осуществления в рамках или же вне рамок четко очерченных географических границ государства требует переосмысления в силу того, что толкование оснований проявления экстерриториальности каждым отдельным государством в большой степени становится зависимым от фактических обстоятельств. В большей степени экстерриториальный характер юрисдикции проявляется в ориентировании реализации законодательных, судебных, исполнительных полномочий одного государства в отношении другого государства, что фактически свидетельствует о конфликте юрисдикций двух и более государств. Поскольку реализация исполнительной юрисдикции на территории одного государства может затрагивать значимые существенные интересы другого государства, становится возможным экстерриториальное проявление и исполнительной юрисдикции наряду с экстерриториальной реализацией законодательной и судебной юрисдикцией.

Вопрос об экстерриториальной юрисдикции, распространяющейся за пределы пространства государства, следует рассматривать в диалектическом противоречии между признанным в международном праве принципом суверенного равенства и территориального верховенства государств, не допускающим какого бы то ни было вмешательства извне, и фактическим проявлением экстерриториальности законодательной (предписательной), судебной или исполнительной юрисдикции одного государства в отношении другого государства при отсутствии санкционирования подобных действий. Указанное противоречие обуславливает необходимость выработки ограничительных механизмов установления экстерриториальной предписывающей юрисдикции в виде тесной связи применяемого закона и соответствующего правоотношения, одним из проявлений которой может являться осведомленность иностранных лиц о нормативно-правовых актах, предусматривающих экстерриториальное действие. Иллюстрацией необходимости установления данного ограничения является осуществление деятельности в информационно-коммуникационном пространстве на платформе киберпространства, в рамках которого фактически любая деятельность может

подпадать под предписывающую юрисдикцию того или иного государства при отсутствии связи отношения с государством суда и осведомленности лиц об иностранном законодательстве. В качестве исключения предписывающая экстерриториальная юрисдикция может быть установлена и в отсутствие экстерриториального действия соответствующего закона, если экстерриториальное применение данных актов имеет существенный публично-правовой интерес для соответствующего государства.

Взаимосвязь экстерриториальной судебной юрисдикции и (предписывающей) юрисдикции обуславливает широкие основания установления экстерриториальной судебной юрисдикции в отношении трансграничных частноправовых споров, реализация которой обусловлена имплицитно присутствующим экстерриториальным действием частноправовых норм применимых к указанным отношениям. При этом критерий тесной связи как основание экстерриториальной судебной юрисдикции в большей степени отвечает современным вызовам, постановка которых предопределяется развитием информационного общества и цифровых технологий.



## **Библиография**

Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Юридическая литература, 1982. 360 с.

Бахаева А.В. Экстерриториальное применение антимонопольного права США: доктрина последствий против принципов международной вежливости//Вопросы российского и международного права. 2012. № 9–10. С. 86–94.

Броунли Я. Международное право. Кн. 1. М.: Прогресс, 1977. 538 с.

Дашян М.С. Право информационных магистралей: вопросы правового регулирования в сфере Интернета. М.: Волтерс Клувер, 2007. 248 с.

Галенская Л.Н. Правовые проблемы сотрудничества государств в борьбе с преступностью. Л.: Изд-во ЛГУ, 1978. 86 с.

Ерпылева Н.Ю. Актуальные проблемы теории и практики международного гражданского процесса//Арбитражный и гражданский процесс. 2003. № 11. С. 35–39.

Зимненко Б.Л. О применении норм международного права судами общей юрисдикции. М.: Статут, 2005. 539 с.

Зинков Е.Г. Особенности действия правового пространства//Общество и право. 2012. № 3. С. 20–25.

Канашевский В.А. Международное частное право. М.: Международные отношения, 2016. 1006 с.

Каюмова А.Р. Уголовная юрисдикция в международном праве. Казань: Центр инновационных технологий, 2016. 488 с.

Каюмова А.Р. К вопросу о юрисдикции в системе международного права // Ученые записки Казанского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2007. № 6. С. 316–323.

Клименко Б.М., Порк А.А. Территория и граница СССР. М.: Международные отношения, 1985. 299 с.

- Ключников Ю.В. Принципы осуществления предписывающей юрисдикции // Международное публичное и частное право. 2002. № 1. С. 11–17.
- Князев А.Г. Проблемы действия уголовного закона в пространстве. Владимир: [б. и.], 2006. 136 с.
- Лазутин Л.А. Виды правовой помощи по уголовным делам: вопросы теории // Журнал российского права. 2008. № 7. С. 40–45.
- Лукашук И.И. Международное право. М.: Волтерс Клувер, 2005. 432 с.
- Лукашук И.И. Международное право. М.: БЕК, 1997. 371 с.
- Лукашук И.И. Уголовная юрисдикция // Государство и право. 1998. № 2. С. 112–116.
- Лукашук И.И., Наумов А.В. Международное уголовное право. М.: Спарк, 1999. 287 с.
- Лукашук И.И., Наумов А.В. Выдача обвиняемых и осужденных в международном уголовном праве. М.: Юрист, 1998. 160 с.
- Луткова О.В. Основные концепции источников международного права: дис... к.ю.н. М., 2004. 196 с.
- Мажорина М.В. Цифровые платформы и международное частное право, или есть ли будущее у киберправа // Lex Russica. 2019. № 2. С. 107–120.
- Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права. М.: Проспект, 2016. 752 с.
- Марышева Н.И. Вопросы кодификации норм международного гражданского процесса в России // Журнал российского права. 2004. № 6. С. 14–39.
- Мамаев А.А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам. М.: Проспект, 2008. 176 с.
- Осипов А.О. Институт международной подсудности в арбитражном процессе. СПб.: Юридический центр, 2014. 176 с.
- Международное право / под ред. Г.И. Тункина. М.: Юридическая литература, 1994. 512 с.
- Моисеев А.А. Суверенитет государства в международном праве. М.: Восток-Запад, 2009. 384 с.
- Моисеев А. А. Соотношение суверенитета и надгосударственности в современном международном праве: в контексте глобализации: автореф. дис... д.ю.н. М., 2007. 46 с.
- Ромашев Ю.С., Фетищев Д.В. Юрисдикция государств в правоохранительной сфере. М.: Научная книга, 2009. 48 с.
- Рутерглен Д., Стерн Д. Суверенитет, территориальность, исполнение решений иностранных судов // Вестник гражданского процесса. 2014. № 3. С. 132–157.
- Самарин А.А. Экстерриториальное действие права: дис... к.ю.н. Нижний Новгород, 2016. 229 с.
- Салгереев А.С. Особенности юрисдикции в международном уголовном праве // Международное публичное и частное право. 2010. № 3. С. 31–35.
- Степаненко В.И. Основные направления воздействия международных договоров на советское уголовное право. Международное и внутригосударственное право: проблемы сравнительного правоведения. Свердловск: Свердловский юридический институт, 1984. С. 88–96.
- Усенко Е.Т. Проблемы экстерриториального действия национального закона // Московский журнал международного права. 1996. №2. С. 17–45.

Ушаков Н.А. Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности. М.: Наука, 1993. 238 с.

Черниченко С.В. Теория международного права. М.: НИМП, 1999. 531 с.

Черниченко О.С. Международно-правовые аспекты юрисдикции государства: дис... к.ю.н. М., 2003. 168 с.

Cabranes J. Withholding Judgment. Why U.S. Courts Shouldn't Make Foreign Policy. *Foreign Affairs*, 2015, no 5, pp. 26–39.

Colangelo A. What is Extraterritorial Jurisdiction? *Cornell Law Review*, 2014, vol. 99, pp. 1303–1352.

Kamminga M. Extraterritoriality. Gross Violations. *Comity. Jurisdiction of States, Extraterritorial / Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford, 2012, pp. 41–77.

Raut B. Determining Judicial Jurisdiction in the Transnational Cyberspace. Brisbane, 2004, 161 p.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 3**

### **Extraterritorial Jurisdiction of State and Perception Transformation of its Spatial Boundaries**



**Liudmila Terentieva**

Associate Professor, Department of International Private Law, Moscow State Kutafin University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya Kudrinskaya Str., Moscow 123242, Russian Federation. E-mail: terentieva@mail.ru



#### **Abstract**

The grounds for the extraterritorial manifestation of state jurisdiction in the context of the transformation of the perception of its boundaries. The trend of widespread extraterritorial jurisdiction is losing its importance as a “last level” jurisdiction in the modern conditions, taking into account possibility of the establishing of extraterritorial jurisdiction not only in relation to crimes in the sphere of international law, but also in relation to other public-law relations such as tax, antitrust, information regulation. As a result of the study of current trends in the implementation of legislative, judicial, executive powers of one state affecting the significant interests of another state, the author has proposed to consider extraterritorial jurisdiction in dialectical contradiction. On the one hand the international principle of sovereign equality and territorial supremacy of states does not allow the outside interference, and on the other hand the actual unauthorized extension of the jurisdiction of one state in relation to another state takes place. The contradiction stipulates the development of restrictive mechanisms for the establishment of extraterritorial prescriptive jurisdiction in the form of a close connection between the applicable law and an appropriate relationship. The subject of the close connection may serve foreigners’ awareness of regulatory acts providing for extraterritorial scope. An illustration of the need to establish this restriction is the activity in the non-territorial information and communication space on the cyberspace platform that can be subject of jurisdiction of any state in the absence of a relationship with the state of the court and awareness of foreign law. The article also raises the question of the interrelation of extraterritorial judicial jurisdiction and prescriptive jurisdiction that allows to establish broad grounds of extraterritorial judicial jurisdiction in relation to cross-border private

disputes. This is explained by the extraterritorial effect of private law applicable to these relations. The article analyzes the close connection criterion as the basis of extraterritorial judicial jurisdiction, which, in the author's opinion, is more responsive to modern challenges caused by the rapid development of the information society and digital technologies.



### Keywords

state jurisdiction; extraterritoriality; extraterritorial jurisdiction; sovereignty; close connection; judicial jurisdiction; prescriptive (legislative) jurisdiction; executive jurisdiction.

**Acknowledgments:** The study is fulfilled under financial support of the Russian Foundation of Fundamental Researches as part of its project *The Network Law of Network Society: New Regulation Models*, no 18-29-16061.

**For citation:** Terentieva L.V. (2019) Extraterritorial Jurisdictions of State and Perception Transformation of its Spatial Boundaries. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 160–180 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.160.180



### References

- Alekseev S.S. (1982) *General theory of law*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 360 p. (in Russian)
- Bakhaeva A.V. (2012) Extraterritorial application of antimonopoly law in the USA: the doctrine of consequences against the principles of international politeness. *Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava*, no 9–10, pp. 86–94 (in Russian)
- Brownly Y. (1977) *Miezdunarodnoye pravo*. Book 1. Moscow: Porpecc, 538 p. (in Russian)
- Cabranes J. (2015) Withholding Judgment. Why U.S. Courts Shouldn't Make Foreign Policy. *Foreign Affairs*, vol. 94, no 5, pp. 26–39.
- Chernichenko S.V. (1999) *Theory of international law*. Moscow: NIMP Press, 531 p. (in Russian)
- Chernichenko S.V. (2003) International law aspects of state jurisdiction. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 168 p. (in Russian)
- Colangelo A. (2014) What is Extraterritorial Jurisdiction? *Cornell Law Review*, vol. 99, pp. 1303–1352.
- Dashyan M.S. (2007) *Law of information mainstreams: Internet legal regulation*. Moscow: Wolters Kluwer, 248 p. (in Russian)
- Galenskaya L.N. (1978) *Legal issues of the cooperation of states in fighting crime*. Leningrad: University Press, 86 p. (in Russian)
- Erpylyova N.Yu. (2003) Issues of theory and practice of international civil process. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess*, no 11, pp 35–39 (in Russian)
- Kammaing M. (2012) Extraterritoriality. Gross Violations. Comity. Jurisdiction of States, Extra-territorial. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: University Press, pp. 41–77.
- Kanashevskiy V.A. (2016) *International private law*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 1006 p. (in Russian)

- Kayumova A.R. (2016) *Criminal jurisdiction in international law*. Kazan: Tsentr innovatsionnykh tekhnologiy, 488 p. (in Russian)
- Kayumova A.R. (2007) On the jurisdiction in international law. *Uchenye zapiski Kazanskogo universiteta*, no 6, pp. 316–323 (in Russian)
- Klimenko B.M., Pork A.A. (1985) *The territory and borders of the USSR*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 299 p. (in Russian)
- Klyuchnikov Yu. V. (2002) Principles of prescriptive jurisdiction. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 1, pp. 11–17 (in Russian)
- Knyazev A.G. (2006) *Issues of criminal law in space*. Vladimir: no publisher, 136 p. (in Russian)
- Lazutin L.A. (2008) Types of legal aid in criminal cases. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 7, p. 40–45 (in Russian)
- Lukaschuk I.I. (2005) *International law*. Moscow: Wolters Kluwer, 432 p. (in Russian)
- Lukaschuk I.I. (1998) Criminal jurisdiction. *Gosudarstvo i pravo*, no 2, pp. 112–116 (in Russian)
- Lukaschuk I.I. (1997) *International law*. Moscow: BEK, 371 p. (in Russian)
- Lukaschuk I.I. (1999) *International criminal law*. Moscow: Spark, 287 p. (in Russian)
- Lukaschuk I.I., Naumov A.V. (1998) *Extradition of defendants and convicts under international criminal law*. Moscow: Yurist, 160 p. (in Russian)
- Lutkova O.V. (2004) The main concepts of sources in international law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 196 p.
- Mazhorina M.V. (2019) Digital platforms and international private law. *Lex Russica*, no 2, pp. 107–120 (in Russian)
- Marchenko M.N. (2016) *General theory of state and law*. Moscow: University Press, 752 p. (in Russian)
- Marysheva N.I. (2004) Codifying norms of international civil law in Russia. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6, pp. 14–39 (in Russian)
- Mamaev A.A. (2008) *International judicial jurisdiction on transborder legal cases*. Moscow: Prospekt, 176 p. (in Russian)
- Moiseev A.A. (2009) *Sovereign state in international law*. Moscow: Vostok-Zapad Press, 384 p. (in Russian)
- Moiseev A.A. (2007) Sovereignty and the concept of supra national in the modern international law. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 46 p. (in Russian)
- Osipov A.O. (2014) *The institute of international jurisdiction in arbitration*. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr press, 176 p. (in Russian)
- Raut B. (2004) *Determining Judicial Jurisdiction in the Transnational Cyberspace*. Brisbane: Queensland University of Technology Press, 161 p.
- Romashev Yu.S., Fetishev D.V. (2009) *Jurisdiction of states in law and order*. Moscow: Nauchnaya kniga, 48 p. (in Russian)
- Ruterglen D., Stern D. (2014) Sovereignty, territory, enforcement of court judgements. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa*, no 3, pp. 132–157 (in Russian)
- Samarin A.A. (2016) Extraterritorial force of law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Nizhniy Novgorod, 229 p. (in Russian)
- Salgereev A.S. (2010) Jurisdiction in international criminal law. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 3, pp. 31–35 (in Russian)

- Stepanenko V.I. (1984) Directions of international treaties in Soviet criminal law. *Mezhdunarodnoe i vnutrigosudarstvennoe pravo*. Sverdlovsk: Sverdlovskiy yuridicheskiy institute, pp. 88–96 (in Russian)
- Tunkin G.E. (ed.) (1994) *International Law*. Moscow: Juridicheskaya literatura, 512 p. (in Russian)
- Usenko E.T. (1996) Issues of extraterritorial force of national law. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no 2, pp. 17–45 (in Russian)
- Ushakov N.A. (1993) *Jurisdictional immunities of states*. Moscow: Nauka, 238 p. (in Russian)
- Zimnenko B.L. (2005) *Applying norms of international law by common jurisdiction courts*. Moscow: Statut, 539 p. (in Russian)
- Zinkov E.G. (2012) Specific features of legal space. *Obschestvo i pravo*, no 3, pp. 20–25 (in Russian)

# Старые, но современные проблемы международного воздушного права

---



## **А.Х. Абашидзе**

профессор кафедры международного права Российского университета дружбы народов, доктор юридических наук. Адрес: 117198, Российская Федерация, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6. E-mail: abashidze-akh@rudn.ru



## **А.И. Травников**

доцент кафедры международного права Российского университета дружбы народов, кандидат юридических наук. Адрес: 117198, Российская Федерация, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6. E-mail: alex\_travnikov@inbox.ru

---



## **Аннотация**

В статье проводится сравнительно-правовой анализ Конвенции о регулировании воздушных передвижений 1919 г. и Конвенции о международной гражданской авиации 1944 г. Выявляются недостатки Конвенции 1944 г., остающейся основным международно-правовым актом регламентации аэронавигационных процессов. Особое внимание уделяется деятельности Международной организации гражданской авиации в разработке проектов международных договоров, принятии стандартов и рекомендуемой практики, направленных на унификацию национальных воздушных законодательств, устанавливающих разрешительный порядок влета воздушных судов на территорию других государств и регламентирующих процедуру установления запретных и опасных зон. Устанавливается различие в правовом статусе приложений к Конвенциям. Изучаются проблемы международно-правовой классификации воздушных судов, правомерности применения оружия в отношении гражданских воздушных судов, нарушивших государственную границу или используемых в противоправных целях, несовместимых с положениями Конвенции 1944 г. Изучены факты осуществления прибрежными государствами юрисдикции в области аэронавигации в районах полетной информации, устанавливаемых на основе региональных договоров, свидетельствующие о сформировавшемся международно-правовом обычае. Даны рекомендации о совершенствовании ключевых сфер регулирования международного воздушного права в том числе создания единого воздушного пространства международно-правового режима полетов воздушных судов, ракет, управляемых снарядов, космических объектов. Обосновывается необходимость определения международно-правовой ответственности государств за ущерб, причиненный в результате противоправного акта в отношении гражданской авиации. Указаны возможные процедуры взаимодействия поисково-спасательных и аэронавигационных служб государств, осуществляющих юрисдикцию за пределами суверенных территорий, даны предложения о приведении их в соответствие с практикой помощи лицам, находящимся в опасности на море. Значительное внимание уделено проблемам международно-правовой регламентации расследований авиационных происшествий и инцидентов, направленных на установ-

ление причин произошедшего и доведения информации о результатах расследований до эксплуатантов воздушного транспорта и производителей авиационной техники для предотвращения подобных бедствий в будущем.

---



### Ключевые слова

международное воздушное право; гражданская и государственная авиация; районы полетной информации; безопасность полетов; управление воздушным движением; расследование авиационных происшествий.

---

---

**Для цитирования:** Абашидзе А.К., Травников А.И. Старые, но современные проблемы международного воздушного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 181–202.

УДК: 341

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.181.202

## Введение

Генезис международного воздушного права показывает, что совершенствование норм, определяющих правовой режим воздушного пространства и устанавливающих порядок деятельности гражданской авиации, происходило и происходит под влиянием технического прогресса в авиационной и радиоэлектронной промышленности, а также ввиду необходимости предотвращения угроз в сфере международной аэронавигации. В идеале процесс создания новых норм международного воздушного права прогрессивным путем должен соответствовать принципу суверенного равенства государств и отвечать интересам всех стран в деле организации равноправных безопасных и эффективных международных воздушных сообщений. Однако анализ показывает, что международный нормотворческий процесс зачастую происходит в угоду политическим и экономическим интересам отдельных держав, что приводит к проблемам в области безопасности аэронавигации над суверенной территорией и за ее пределами, а также в совместной борьбе с террористической угрозой на воздушном транспорте.

Исследование основано на анализе значительного объема нормативного и научного материала, включая международные договоры, акты международных межправительственных организаций, исследования российских и зарубежных ученых-правоведов в сфере международного права.

Методологическую основу исследования составили общенаучные (метод системного анализа, диалектический метод, методы дедукции и индукции) и частнонаучные (историко-правовой, сравнительно-правовой, формально-юридический, методы правового моделирования и прогнозирования) методы познания.

## 1. От Парижской конвенции 1919 г. к Чикагской конвенции 1944 г.

13 октября 2019 г. исполняется 100 лет со дня принятия в Париже Конвенции о регулировании воздушных передвижений<sup>1</sup> (далее — Парижская конвенция 1919 г.). Данная Конвенция — первый многосторонний международный договор, регулировавший отношения между государствами по поводу использования воздушного пространства и деятельности авиации. Конвенция имела восемь приложений, являвшихся неотъемлемой ее частью и содержавших технические требования, подлежащие соблюдению при выполнении международных полетов [Грабарь В.Э., 1927: 51]. Конвенция 1919 г. применялась как к частным (т.е. гражданским), так и к государственным воздушным судам, создав тем самым общую международно-правовую основу для регламентации всеобъемлющей и, следовательно, безопасной аэронавигации.

Известные ученые-правоведы не без основания утверждали, что Парижская конвенция заложила основу процесса формирования в рамках международного публичного права новой отрасли — «воздушное право» [Перетерский И.С., 1923: 13]. Главным основанием такого утверждения являлось закрепление Конвенцией 1919 г. одного из основных принципов данной отрасли — полного и исключительного суверенитета государств над воздушным пространством, расположенным над их территориями, который, по мнению специалистов, служит суверенным государствам «необходимой гарантией защиты их чрезвычайных, политических, военных и экономических интересов» [Ambrosini A., 1938: 130].

Парижская конвенция не содержала норм, регулирующих деятельность коммерческой гражданской авиации. Такое положение специалисты объясняют отсутствием в то время воздушных судов, способных осуществлять международные авиаперевозки за плату [Грязнов В.С., 1980: 128]. Кстати, это обстоятельство было одним из поводов разработки нового многостороннего международного договора в области воздушного права — Конвенции о международной гражданской авиации (далее — Чикагская конвенция)<sup>2</sup>, принятой 7.12.1944 на дипломатической конференции в Чикаго представителями 52 государств. Инициаторами принятия новой Конвенции выступили США.

---

<sup>1</sup> Конвенция о регулировании воздушных передвижений 1919 г. Available at: URL: <http://docs.cntd.ru/document/901976800> (дата обращения: 08.04.2019)

<sup>2</sup> Doc. ICAO 7300/9. Available at: URL: [www.icao.int/publications/Documents/7300\\_cons.pdf](http://www.icao.int/publications/Documents/7300_cons.pdf) (дата обращения: 08.04.2019)

В условиях продолжавшейся Второй Мировой войны США, которые лидировали в авиационных отраслях (авиастроение и воздушный транспорт) и не вели боев на своей территории, торопились создать универсальную международно-правовую основу, которая позволила бы им без конкуренции занять ведущее положение в области коммерческих воздушных перевозок. В этом контексте следует учесть еще одно обстоятельство: инициаторы новой Конвенции не были заинтересованы в регулировании вопросов, связанных с военной авиацией, которая активно применялась в военных действиях. Более того, они стремились вывести за рамки правового регулирования все отношения, связанные с деятельностью не только военной, но и другой государственной авиации. Разработка международных норм в этой области могла бы значительно усложнить и затянуть процесс принятия нового многостороннего международно-правового акта.

СССР отказался участвовать в работе Чикагской конференции. Основной причиной отказа, как писала газета «Таймс» от 30.10.1944, было «приглашение на данный международный форум Испании, Португалии и Швейцарии — государств, которые в течение ряда лет проводили враждебную в отношении Советского Союза политику» [Schenkman J., 1955: 175]. Согласно мнениям специалистов, отсутствие СССР на конференции «явилось большим разочарованием, поскольку СССР представлял самую большую сухопутную территорию в мире и играл важную роль в послевоенных договоренностях» [Мильде М., 2017: 32]. Отметим, что Советский Союз присоединился к Чикагской конвенции позже — в 1970 г.

## **2. Проблемы обеспечения всеобъемлющей безопасности аэронавигации**

Чикагская конвенция распространяет свое действие исключительно на гражданские воздушные суда. Следствием этого стало то, что она, с одной стороны, не смогла полноценно заменить Парижскую конвенцию 1919 г. в области регулирования международной аэронавигации и, с другой стороны, создать условия для реализации одной из основных функций международного воздушного права — обеспечить максимальное единообразие национальных воздушных законодательств, регламентирующих организацию, выполнение и обеспечение полетов любых видов воздушных судов.

Таким образом, лишившись международно-правовой основы для унификации национальных воздушных законодательств, государства на основе ст. 1 Чикагской конвенции стали самостоятельно формировать правовые режимы своего суверенного воздушного пространства. При этом государства вряд ли руководствовались п. 4 ст. 3 Чикагской конвенции, обязываю-

щим при установлении правил для своих государственных воздушных судов обращать должное внимание на безопасность навигации гражданских воздушных судов. Государства приняли единые правила, призванные обеспечить равноценную безопасность аэронавигации гражданских и государственных воздушных судов.

### **2.1. Проблемы регулирования аэронавигации за пределами государственных территорий**

Чикагская конвенция практически не решила одной из основных общих задач — формирования международно-правовой базы регулирования аэронавигации за пределами государственной территории. В этом отношении ст. 12 Конвенции устанавливает лишь следующее: «Над открытым морем действующими являются правила полетов, установленные в соответствии с настоящей Конвенцией. Каждое Договаривающееся государство обязуется обеспечить привлечение к ответственности всех лиц, нарушающих действующие регламенты».

На данную статью Конвенции имеется множество нареканий. В частности, отмечается, что она не устанавливает правил, действующих в воздушном пространстве над Антарктикой и другими территориями, на которые не распространяется государственный суверенитет. По другому утверждению, непонятно, какие правила имеются в виду в этой статье. Приходится лишь догадываться, что речь идет о положениях, закрепленных в Приложении 2 к Конвенции, так как сама ст. 12 отсылает к «регламентам», которых не существует в природе. Дело осложняется и тем, что приложения к Чикагской конвенции (в отличие от приложений к Парижской конвенции 1919 г.) не являются неотъемлемой ее частью и, следовательно, не имеют такой же юридической силы, как сама Чикагская конвенция. Поэтому правила, размещенные в указанных приложениях, также применимы только к гражданским воздушным судам. Следует добавить, что в соответствии с п. «l» ст. 54 Чикагской конвенции Совет Международной организации гражданской авиации (далее — ИКАО) принимает «стандарты» и «рекомендуемую практику», которые в указанном п. «l» ст. 54 «для удобства» именуются «Приложениями к настоящей Конвенции»<sup>3</sup>. Таким образом, Чикагская конвенция не определила статуса приложений к ней, чем породила непрекращающиеся дискуссии об их месте в системе источников международного воздушного права.

Отметим, что и позиции ученых по этой проблематике различаются. Одни ученые относят приложения к актам ИКАО [Milde M., 1994: 416], дру-

---

<sup>3</sup> Doc. ICAO 7300/9. Available at: URL: [www.icao.int/publications/Documents/7300\\_cons.pdf](http://www.icao.int/publications/Documents/7300_cons.pdf) (дата обращения: 08.04.2019)

гие — к вспомогательным источникам международного воздушного права [Бордунов В.Д., 2006: 401]. Для нас более приемлемой является позиция Г.И. Тункина и Е.А. Шибаевой, по мнению которых «приложения являются полноценными источниками — международными договорами» [Тункин Г.И., 2009: 91], «а не актами ИКАО — международной межправительственной организации» [Шибаева Е.А., 1962: 15].

К настоящему моменту действует 19 приложений к Чикагской конвенции, которые содержат нормы, непосредственно регламентирующие процесс международной аэронавигации и деятельности гражданской авиации, обеспечивающий эффективность, регулярность и безопасность международных воздушных сообщений.

Признавая важность этих приложений, очевидно, государствам необходимо установить их правовой статус посредством внесения дополнения в Чикагскую конвенцию, определяющего приложения неотъемлемой ее частью (как это сделано, например, в Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. (ст. 318)<sup>4</sup> и в Международной конвенции по поиску и спасанию на море 1979 г. (ст. 1)<sup>5</sup>). Более того, в процессе реализации этого дополнения необходимо в приложениях к Конвенции 1944 г. оставить только «стандарты», а «рекомендуемую практику» отнести к актам, принимаемым ИКАО. При этом следует сохранить упрощенный порядок принятия государствами новых «стандартов». Однако такого решения будет недостаточно, чтобы обеспечить безопасность аэронавигации за пределами государственной территории, так как стандарты Приложения 2 действуют только в отношении гражданских воздушных судов.

## **2.2. К вопросу о едином международно-правовом режиме воздушного пространства**

Отсутствие единого для гражданских и государственных воздушных судов международно-правового режима воздушного пространства за пределами государственных территорий вынудило прибрежные государства управлять воздушным движением в установленных для них региональными международными договорами районах полетной информации (далее — РПИ) в соответствии с национальными правилами, разработанными на основе стандартов, опубликованных в Приложении 11 к Чикагской конвенции. Государства, не имеющие выхода к морю, воздушные суда которых

---

<sup>4</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10.12. 1982 // СЗ РФ. 1997. № 48. Ст. 5493.

<sup>5</sup> Международная конвенция по поиску и спасанию на море 1979 г. (Конвенция SAR-79) / Серия «Судовладельцам и капитанам». Выпуск № 12. СПб., 2005. 150 с.

выполняют полеты в указанных РПИ, безоговорочно приняли данный порядок управления, что дает специалистам основания говорить о «сформировавшемся международно-правовом обычае: осуществление юрисдикции прибрежными государствами в области аэронавигации в установленных для них РПИ». На уровне доктрины предлагается придать этой норме договорный характер [Сокова Е.А., 2019: 11,12].

На наш взгляд, нынешняя международно-правовая регламентация использования воздушного пространства, особенно за пределами государственных территорий, только в отношении гражданских воздушных судов без учета иной деятельности, связанной с использованием такого пространства (полеты государственных и экспериментальных воздушных судов, баллистических и других ракет, космических объектов и т.п.), не может в должной мере обеспечить безопасность всеобщей аэронавигации. В сложившейся ситуации наиболее приемлемым решением указанной проблемы было бы принятие специального многостороннего международного договора в области аэронавигации с рабочим названием «Конвенция об аэронавигации» с сохранением Чикагской конвенции как основного международно-правового акта, регулирующего деятельность воздушного транспорта.

### **3. Проблемы обеспечения безопасности полетов**

Статья 4 Чикагской конвенции определяет один из отраслевых принципов международного воздушного права — «неиспользование гражданской авиации в целях, не совместимых с данной Конвенцией». Поскольку Чикагская конвенция принималась во время Второй Мировой войны, государства при разработке ее положений исходили из того, что гражданская авиация широко использовалась для транспортировки грузов военного назначения и применялась в целях непосредственного обеспечения боевых действий (например, для десантирования). Исходя из этого, государства решили запретить использование гражданской авиации для осуществления указанной деятельности в мирное время. Однако после Второй Мировой войны, а точнее с 1960-х годов, государства, их юридические и физические лица стали использовать и продолжают использовать гражданскую авиацию в целях военной разведки на иностранных территориях, для незаконной перевозки оружия, психотропных, радиоактивных и отравляющих веществ. Возрастающую тревогу вызывает и нелегальная транспортировка наркотиков с использованием гражданских воздушных судов и аэродромов.

При принятии Конвенции 1944 г. государства вряд ли могли предположить, что гражданскую авиацию будут использовать в подобных незаконных целях. По мнению специалистов, «чтобы избежать различного рода

толкований, установленный ст. 4 принцип, несомненно, требует раскрытия, например, путем перечисления наиболее опасных действий, которые не должны совершаться с использованием гражданской авиации» [Лули Р., 2015: 11]. Для этого можно было бы использовать, в частности, диспозиции норм Конвенции о борьбе с незаконными актами в отношении гражданской авиации 2010 г.<sup>6</sup>

### **3.1. Проблемы адекватного противодействия актам незаконного вмешательства в деятельность гражданской авиации**

До 1950-х годов противоправные действия в отношении безопасности гражданской авиации, такие как захват и угон воздушных судов, носили эпизодический характер, и поэтому вопросы международно-правового противодействия подобным опасным явлениям в Чикаго не рассматривались. Как следствие, Чикагская конвенция не содержит ни одной статьи, касающейся обеспечения авиационной безопасности. К началу 1960-х годов акты незаконного вмешательства в деятельность гражданской авиации, к сожалению, приобрели массовый характер. В ответ на это государства под эгидой ИКАО приступили к формированию международно-правовой основы для преследования лиц, совершивших противоправные акты в отношении воздушного транспорта. Впоследствии были приняты многосторонние договоры, именуемые в доктрине международного права как «секторальные» антитеррористические акты [Herik L., Shrijver N., 2013: 153]. К ним относятся Конвенция о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушного судна (Токио, 14.09.1963)<sup>7</sup>, Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов (Гаага, 16.12.1970)<sup>8</sup>, Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (Монреаль, 23.09.1971)<sup>9</sup>, Конвенция о борьбе с незаконными актами в отношении международной гражданской авиации (Пекин, 10.09.2010)<sup>10</sup>.

Все эти международно-правовые акты в основном направлены на уголовное преследование физических лиц за противоправные действия в отноше-

---

<sup>6</sup> Doc. ICAO 9960. Available at: URL: <https://www.icao.int/Meetings/wrdss2012/Documents/9960.pdf> (дата обращения: 08.04.2019)

<sup>7</sup> Doc. ICAO 8364. Available at: URL: <https://www.afeonline.com/shop/icao-doc-8364.html> (дата обращения: 08.04.2019)

<sup>8</sup> Doc. ICAO 8920. Available at: URL: <http://aviadocs.com/icaodocs/Docs/8920.pdf> (дата обращения: 08.04.2019)

<sup>9</sup> Doc. ICAO 9518. Available at: URL: <http://aviadocs.com/icaodocs/Docs/9518.pdf> (дата обращения: 08.04.2019)

<sup>10</sup> Doc. ICAO 9960. Available at: URL: <http://aviadocs.com/icaodocs/Docs/9960.pdf> (дата обращения: 08.04.2019)

нии гражданской авиации. Особенно опасными деяниями являются террористические акты, совершаемые на воздушных судах и в аэропортах, а также террористические атаки с использованием гражданских воздушных судов в качестве оружия для уничтожения людей и объектов<sup>11</sup>. Такие преступления организуют и осуществляют, как правило, лица, входящие в террористические и крайне экстремистские организации, которых вряд ли можно остановить угрозой уголовного наказания и тем самым предотвратить террористические акты. Эффективность борьбы с такого рода серьезными противоправными деяниями зависит в первую очередь от действенности международно-правовых механизмов, регламентирующих превентивную деятельность государств, прежде всего в аэропортах, а также на аэродромах авиации общего назначения, где базируются воздушные суда, которые «наиболее уязвимы и легко приспособляемы для использования в качестве оружия для уничтожения людей и объектов» [Эргот А.А., 2013: 9].

К сожалению, современное международное право не содержит норм, определяющих права и, главное, обязанности государств по предупреждению и пресечению противоправных действий на воздушном транспорте. Поэтому специалисты считают «необходимым внесение в Чикагскую конвенцию дополнения в виде новой главы с названием “Безопасность”, определив в ней права, обязанности и ответственность государств по недопущению и пресечению актов, направленных против безопасности гражданской авиации» [Григорян П.А., 2018: 11].

### **3.2. Вопросы ответственности в международном воздушном праве**

Особое место в деле борьбы с актами незаконного вмешательства в деятельность гражданской авиации занимает вопрос об ответственности за вред, причиненный в результате террористического акта на борту воздушного судна, выполняющего международную воздушную перевозку. В соответствии с Конвенцией для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок (Монреаль, 28.05.1999; далее — Монреальская конвенция)<sup>12</sup> ответственность за вред, причиненный пассажиру и грузу, несет перевозчик (т.е. авиакомпания). Перевозчик освобождается от ответственности, если вред возник вследствие действий самого потерпевшего или в результате обстоятельств, которые не подпадают под квалифи-

<sup>11</sup> Declaration on Measures of Civil Aircraft As Weapons of Destruction and other Terrorist Acts Involving Civil Aviation. ICAO Assembly Resolution A33-1, 2001. Available at: URL: [https://www.icao.int/Meetings/AMC/MA/Assembly%2033rd%20Session/plugin-resolutions\\_a33.pdf#page=3](https://www.icao.int/Meetings/AMC/MA/Assembly%2033rd%20Session/plugin-resolutions_a33.pdf#page=3) (дата обращения: 08.04.2019)

<sup>12</sup> Doc. ICAO 9740. Available at: URL: <http://aviadocs.com/icaodocs/Docs/9740.pdf> (дата обращения: 08.04.2019)

кацию террористического акта. Учитывая, что авиакомпании не участвуют в обеспечении авиационной безопасности и не могут предотвратить террористический акт на борту принадлежащего им воздушного судна, следует признать необходимость внесения соответствующих изменений в ст. 18 и 20 Монреальской конвенции, освобождающих перевозчика от ответственности в подобных обстоятельствах. Ответственность за вред, причиненный пассажирам, грузовладельцам и третьим лицам в случае террористического акта на борту воздушного судна, должно нести государство, из аэропорта которого был произведен вылет перед совершившейся трагедией, где процедуры обеспечения безопасности осуществляют государственные службы или организации, уполномоченные для этого государством. Указанная ответственность государств должна быть установлена нормой, закрепленной в предлагаемой новой главе Чикагской конвенции — «Безопасность».

Вопрос об ответственности государств в международном публичном праве в целом и в международном воздушном праве, в частности, является очень трудным и весьма актуальным. Обоснованно считается, что «ответственность является сердцем международного права» [Reuter P., 1991: 390]. Дело усложняется тем, что государства в своей договорной практике стремятся избегать принятия норм о своей международной ответственности, в том числе материальной ответственности за вред (ущерб), причиненный их органами и должностными лицами. Исключением, пожалуй, является международное космическое право, где такая ответственность установлена в Договоре о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела 1967 г. (ст. VI)<sup>13</sup>, а также в Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами 1972 г.<sup>14</sup>.

Следует напомнить, что Юридический комитет ИКАО на протяжении 40 лет обсуждает, однако не может решить вопрос об ответственности органов управления воздушным движением. До сих пор не установлена ответственность государств за сертификацию воздушных судов и международных аэропортов. По мнению специалистов, также требует международно-правового решения вопрос об ответственности государств за аттестацию авиационного персонала, прежде всего экипажа воздушного судна, сотрудников органов управления воздушным движением, работников аэропортов и аэродромов, открытых для международных полетов [Дементьев А.А., 2015: 11].

---

<sup>13</sup> Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела 1967 г. // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXX. М., 1976. С. 41–45.

<sup>14</sup> Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами 1972 г. // Там же. Вып. XXIX. М., 1975. С. 95–101.

### **3.3. Вопрос пересечения суверенного воздушного пространства государств**

Проблемными остаются положения ч. 1 ст. 5 Чикагской конвенции, допускающие полеты гражданских воздушных судов с некоммерческими целями без разрешений иностранного государства, в воздушном пространстве которого они планируются. Трудно угадать, на чем основывались участники Чикагской конференции, принимая указанную норму, так как национальные воздушные законодательства практически всех государств уже тогда содержали положения, устанавливающие разрешительный порядок влета в свое воздушное пространство для всех категорий воздушных судов вне зависимости от целей их полета. По данному вопросу между доктриной и практикой наличествуют серьезные противоречия. В частности, С.В. Черниченко утверждает, что «в международном воздушном праве сложился обычай, фактически отменяющий ст. 5 Чикагской конвенции 1944 г.» [Черниченко С.В., 2008: 85]. Однако этот вывод не подтверждается практикой. Например, М. Руст, совершивший 28.05.1987 посадку на Красной площади, не признавал себя нарушителем государственной границы СССР, обосновывая это положением ст. 5 Чикагской конвенции. Часто другие нарушители воздушных государственных границ объясняют свои действия, оперируя именно указанной статьей.

На фоне сказанного очевидна необходимость изменения ст. 5 Чикагской конвенции в соответствии с фактически существующим правовым режимом пересечения воздушного пространства других государств.

### **3.4. Проблемы правомерности применения оружия в отношении гражданских воздушных судов**

Статья 3 bis Чикагской конвенции устанавливает обязанность государств «воздерживаться от того, чтобы прибегать к применению оружия против гражданских воздушных судов в полете»; в случае перехвата «не должны ставиться под угрозу находящиеся на борту лица и безопасность воздушного судна». Данные положения разрешают применять оружие только в случае самообороны, предусмотренной ст. 51 Устава ООН. Естественный вопрос: можно ли применить оружие в отношении, например, гражданского воздушного судна авиации общего назначения (личного самолета или вертолета), которое используется террористами в качестве оружия для уничтожения людей или объектов? Следует ответить и на другой вопрос: каким образом следует толковать слово «воздерживаться» (англ. — refrain)? По всей вероятности, это слово означает долготерпение, которое рано или поздно заканчивается, когда, например, через государственную границу перевозят с помо-

щью гражданских воздушных судов наркотики, оружие и другие вещества и предметы, изъятые из гражданского оборота. Если же государство применит оружие в указанных случаях, то будут или нет такие действия правомерными, Конвенция ответа не дает. Такая ситуация, несомненно, вызовет дискуссии в мировом сообществе, а выводы о виновности или невинности государства, применившего оружие, как показывает практика, будут политизированы.

Проблему создает и применение ст. 9 Чикагской конвенции «Запретные зоны». Положения данной статьи носят диспозитивный характер. Поэтому установление таких запретных зон, например, над районами боевых действий, оставляется на усмотрение государств. Но не все государства способны оценить степень опасности боевых действий для полетов гражданских воздушных судов. Примером этого является малазийский пассажирский «Боинг-777», сбитый 17.06.2014 в воздушном пространстве Украины. Если бы ст. 9 Чикагской конвенции имела императивный характер, то власти Украины были бы обязаны установить запретную зону и тем самым прекратить полеты над районом боевых действий и предотвратить трагедию.

Проблема усложняется еще и тем, что ст. 9 Чикагской конвенции применима только к суверенному воздушному пространству, в то время как чаще всего опасная гражданским воздушным судам деятельность (например, стрельбы, пуски ракет, полеты боевой авиации и т.п.) осуществляется в воздушном пространстве за пределами государственных территорий. Государства при осуществлении указанной деятельности руководствуются общепризнанным принципом «свободы полетов над открытым морем», установленным ст. 87 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. Ранее этот принцип был закреплен в Женевской конвенции об открытом море 1958 г.<sup>15</sup> К сожалению, государства не реагировали на появление данного принципа адекватными изменениями положений ст. 9 Чикагской конвенции, а пошли по пути формирования правового обычая в виде объявления в таком воздушном пространстве «опасных зон». На наш взгляд, нет оснований говорить, что такой обычай действительно сформировался. Практика показывает другое. Так, 3.06. 1988 американской ракетой был сбит над открытым морем иранский пассажирский самолет «Аэробус». В 2001 г. во время учений войск противовоздушной обороны Украины был уничтожен российский пассажирский самолет «Ту-154», выполнявший полет в международном воздушном пространстве над Черным морем. Трагедии не были предотвращены потому, что авиационные администрации США и Украины заблаговременно не объявили «опасных зон» в районах военных мероприятий.

---

<sup>15</sup> Конвенция об открытом море 1958 г. // Там же. Выпуск XXII. М., 1967. С. 222–232.

Важно отметить, что национальные администрации, деятельность которых связана с обеспечением безопасности полетов, практически не воспринимают, а в большинстве своем даже не знают, что такая обычная норма существует, и, следовательно, не трансплантируют ее в национальные законодательства. В результате авиационный персонал не применяет положений обычных норм. ИКАО, отвечающая за внесение изменений в Чикагскую конвенцию, безусловно, знает о таком положении, однако не принимает мер для придания практике договорного оформления путем соответствующего дополнения ст. 9 Чикагской конвенции.

### **3.5. Вопрос о классификации воздушных судов**

Статья 3 Чикагской конвенции подразделяет все воздушные суда на гражданские и государственные. К государственным воздушным судам данная статья относит только используемые на военной, таможенной и полицейской службах. Исходя из этого, можно предположить, что все остальные воздушные суда являются гражданскими. Однако на практике мы имеем дело с разнообразием; воздушные суда различных типов и предназначений используются и на других государственных службах, (служба чрезвычайных ситуаций и гражданской обороны, почтовая служба, служба береговой охраны и др.). При этом единственным формальным признаком принадлежности воздушного судна к государственной или гражданской авиации является факт его регистрации в национальных реестрах (либо в реестре государственных воздушных судов, либо в реестре гражданских воздушных судов соответственно). Такая регистрация осуществляется в зависимости от цели дальнейшего использования воздушного судна после его приобретения у завода-изготовителя.

Но помимо гражданских и государственных воздушных судов во многих государствах, где осуществляются конструирование, испытания и производство воздушных судов, существует еще такая категория летательных аппаратов, как «экспериментальные воздушные суда». Такие воздушные суда прежде их регистрации как гражданские или государственные, выполняют опытно-конструкторские и заводские (производственные) испытательные полеты, а также показательные полеты (в том числе международные), требующие специальной организации воздушного пространства и аэронавигационного обеспечения. Таким образом, «экспериментальное воздушное судно» можно определить как воздушное судно, учтенное полномочным государственным органом и проходящее опытно-конструкторские или производственные испытания. Сказанное дает основание говорить о необходимости изменения ст. 3 Чикагской конвенции, так как без четкой и полной

классификации воздушных судов невозможно установить международно-правовые нормы, которые должны к ним применяться.

Ст. 3 Конвенции не устанавливает классификации гражданских воздушных судов в зависимости от целей их использования. Однако анализ статей 5 и 6 этой Конвенции позволяет сделать вывод, что гражданские воздушные суда могут использоваться как в некоммерческих (т.е. осуществлять международные воздушные перевозки и авиационные работы не «за вознаграждение или по найму»), так и в коммерческих целях (т.е. осуществлять международные воздушные перевозки пассажиров, груза и почту, а также выполнять авиационные работы «за вознаграждение или по найму»). По этим признакам гражданские воздушные суда можно подразделить соответственно на некоммерческие («воздушные суда авиации общего назначения») и коммерческие воздушные суда.

По нашему мнению, указанную классификацию необходимо отразить в ст. 3 Конвенции, так как требования, предъявляемые к эксплуатации воздушных судов авиации общего назначения и коммерческих воздушных судов, различны. Эти требования содержатся в Приложении 6 к Чикагской конвенции (Часть I «Международный коммерческий воздушный транспорт»<sup>16</sup>; Часть II «Международная авиация общего назначения»<sup>17</sup>). Такое дополнение ст. 3 данной Конвенции, по нашему убеждению, позволит сделать применимым указанное Приложение 6, так как понятие «авиация общего назначения» в Чикагской конвенции отсутствует.

### **3.6. Проблемы помощи воздушным судам, терпящим бедствие за пределами государственных территорий**

Статья 25 Чикагской конвенции обязывает государства оказывать помощь воздушным судам, терпящим бедствие на их территориях, и при этом разрешает собственникам этих воздушных судов или властям государства их регистрации оказывать меры помощи, какие могут диктоваться данными обстоятельствами. Однако статья не определяет, какое государство должно оказывать помощь воздушным судам, терпящим бедствие за пределами государственных территорий. Данный пробел государства неправомерно попытались заполнить в Приложении 12 (п. 2.1.1.1). По ст. 25 Конвенции оно должно регламентировать порядок сотрудничества государств только при организации поиска пропавшего воздушного судна, а не устанавливать про-

---

<sup>16</sup> Приложение 6 к Чикагской конвенции 1944 г. Часть I. Международный коммерческий воздушный транспорт. Самолеты. Available at: URL: [http://www.6pl.ru/asmap/Annexes//an06\\_p1\\_cons\\_ru.pdf](http://www.6pl.ru/asmap/Annexes//an06_p1_cons_ru.pdf) (дата обращения 15.05.2019)

<sup>17</sup> Там же. Часть II. Международная авиация общего назначения. Самолеты. Available at: URL: [http://www.6pl.ru/asmap/Annexes//an06\\_p2\\_cons\\_ru.pdf](http://www.6pl.ru/asmap/Annexes//an06_p2_cons_ru.pdf) (дата обращения 15.05.2019)

цедуры помощи терпящим бедствие. При этом Приложение обязывает государства (имеются в виду прибрежные государства) на основе региональных аэронавигационных соглашений устанавливать районы поиска и спасания, в которых они должны оказывать помощь воздушным судам, терпящим бедствие. Границы таких районов по возможности должны совпадать с границами районов полетной информации и с границами морских районов поиска и спасания. Однако в соответствии с Международной конвенцией по поиску и спасанию на море 1979 г. морские районы поиска и спасания государства могут не устанавливать, а помощь в таких случаях оказывается (в том числе и воздушным судам) путем координации действий соответствующих служб прибрежных государств.

На практике аэронавигационная служба должна определить место нахождения терпящего бедствие воздушного судна в его районе полетной информации. Непосредственно спасательными работами занимаются государства, чьи силы и средства находятся ближе к месту нахождения воздушного судна, терпящего бедствие. Поэтому установление границ районов поиска и спасания воздушных судов нецелесообразно. Предусмотренное ст. 25 Конвенции участие иностранных собственников воздушных судов или властей государств их регистрации в помощи терпящим бедствие (а не потерпевшим) непрактично, так как спасательные работы требуют оперативных действий в весьма сжатые сроки подготовленным персоналом.

Изложенное дает основание констатировать, что положения ст. 25 Чикагской конвенции и Приложения 12 не соответствуют в должной мере современной практике, следовательно, они нуждаются в пересмотре с учетом требований ст. 98 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., которая обязывает государства вменить «в обязанность капитана любого судна, плавающего под его флагом, в той мере, в какой капитан может это сделать, не подвергая серьезной опасности судно, экипаж или пассажиров, оказывать помощь любому обнаруженному в море лицу, которому угрожает гибель».

По нашему мнению, оптимальным вариантом ст. 25 Чикагской конвенции может стать следующая ее редакция: «Каждое Договаривающееся государство обязуется принимать все возможные меры по поиску и оказанию помощи воздушным судам, терпящим и потерпевшим бедствие на его территории. Поиск пропавших воздушных судов и оказание им помощи за пределами государственных территорий осуществляется в соответствии с региональными договоренностями прибрежных государств и процедурами, рекомендуемыми в соответствии с настоящей Конвенцией. Договаривающиеся государства обязаны вменить в обязанность командирам воздушных судов, принявшим сигнал бедствия, сообщать об этом соответствующему компетентному органу государства, над территорией которого или в райо-

не полетной информации которого находится воздушное судно, принявшее сигнал бедствия».

### 3.7. Проблемы расследования авиационных происшествий

Очевидно, что предотвращение трагедий, таких как уничтожение российского «Ту-154» в международном воздушном пространстве над Черным морем в 2001 г. и малазийского «Боинга-777» над территорией Украины в 2014 г., в будущем во многом будет зависеть от результатов расследований этих авиационных происшествий.

По ст. 26 Чикагской конвенции государство, на территории которого произошло авиационное происшествие с иностранным воздушным судном, повлекшее смерть пассажиров, «назначает расследование обстоятельств происшествия в соответствии с процедурой, которая может быть рекомендована Международной организацией гражданской авиации». Как мы видим, данная статья четко указывает государство, которое должно проводить расследование авиационного происшествия. ИКАО в соответствии с этой статьей рекомендует государству, проводящему расследование, использовать для этих целей процедуры, предусмотренные в Приложении 13 к Конвенции. По мнению С.В. Черниченко, подобные процедуры должны регламентироваться процессуальными нормами международного права [Черниченко С.В., 2008: 60], которые, по утверждению другого ученого, призваны «обслуживать правоприменение материальных норм государствами и международными организациями» [Шумилов В.М., 2008: 397].

Сказанное означает, что положения Приложения 13 должны содержать только процессуальные нормы, которые не могут изменять или дополнять материальные нормы ст. 26 Чикагской конвенции. Тем не менее, п. 5.1 Приложения 13 содержит материальные нормы, которые неправомерно изменяют положения ст. 26 Конвенции, оставляя право государству, на территории которого произошло происшествие, «передать целиком или частично проведение расследования другому государству или региональной организации по расследованию авиационных происшествий по взаимной договоренности и согласию».

Именно в таком искаженном порядке действовали власти Украины, передав расследование происшествия с малазийским «Боингом-777» Нидерландам, преследуя, очевидно, единственную цель — усложнить и запутать процесс расследования и тем самым скрыть истинные причины катастрофы, чтобы избежать ответственности за гибель граждан различных государств.

Статья 26 Чикагской конвенции дает право участвовать в расследовании авиационного происшествия в качестве наблюдателя только представителю государства регистрации воздушного судна, потерпевшего катастрофу. Тем

не менее п. 5.18 Приложения 13 неправомерно расширяет круг участников расследования, привлекая к нему государство эксплуатанта, государство разработчика и государство изготовителя, предоставляя им право «назначать уполномоченных представителей» (а не наблюдателей) для участия в этой сложной и чрезвычайно важной процедуре.

Кроме того, ст. 26 Конвенции не регламентирует порядка расследований авиационных происшествий, произошедших за пределами государственных территорий. Этот пробел государства попытались заполнить пунктом 5.3 Приложения 13, определив, что «если невозможно определенно установить, что место авиационного происшествия или серьезного инцидента находится на территории какого-либо государства, государство регистрации назначает расследование авиационного происшествия или серьезного инцидента. Однако оно может передать целиком или частично проведение расследования другому государству по взаимной договоренности и согласию». Такой подход порождает дополнительные трудности. Во-первых, появляется такое понятие, как «серьезный инцидент», не предусмотренное ст. 26 Конвенции. Во-вторых, предоставлять право назначать расследование государству регистрации воздушного судна, потерпевшего бедствие, нецелесообразно, так как это государство практически во всех случаях будет находиться на значительном удалении от места бедствия, а договориться с приемлемым для этих целей прибрежным государством о расследовании будет весьма затруднительно. На такие переговоры будет затрачено много времени, а расследование необходимо начать незамедлительно и закончить в возможно более короткие сроки для доведения причины бедствия до эксплуатантов воздушного транспорта в целях проведения необходимых действий в области безопасности полетов.

Очевидно, что упомянутые недостатки ст. 26 Чикагской конвенции можно устранить путем ее пересмотра. Для этого, на наш взгляд, необходимо изменить название статьи, добавив союз «и», а также слово «инцидентов». Кроме того, все материальные нормы Приложения 13, определяющие государства, которые назначают расследования авиационных происшествий и инцидентов и определяют участвующих в таких расследованиях, и нормы, устанавливающие их права, обязанности и ответственность, включая положения о возможности передать право назначать расследование государствам не места события, необходимо перенести в ст. 26 Конвенции. В данной статье также следует определить, что за пределами государственных территорий расследование авиационных происшествий или инцидентов назначает прибрежное государство, в районе полетной информации которого они произошли. Ведь прибрежные государства осуществляют юрисдикцию в области аэронавигации, включая управление воздушным движением, в своих

районах полетной информации на основании международного правового обычая, и поэтому только они доподлинно могут быть осведомлены о месте, времени и обстоятельствах авиационного происшествия или инцидента. В ст. 26 Конвенции также необходимо указать причины, вследствие которых государство места происшествия (инцидента) или государство, в чьем районе полетной информации оно произошло, могут посредством международного договора передать свое право назначать расследование авиационного происшествия (инцидента) другому государству, которое в последующем будет нести ответственность за его результаты (т.е. за установление причины произошедшего).

На эти и другие недостатки Конвенции неоднократно указывали отечественные и иностранные ученые-правоведы [Малеев Ю.Н., 1986: 15]; [Самородова Е.Н., 2009: 5]<sup>18</sup>. Они предлагали либо полностью пересмотреть Чикагскую конвенцию, либо принять новую конвенцию (отменяющую Чикагскую), действие которой распространялось бы на любую деятельность, связанную с использованием воздушного пространства. Вопрос о необходимости радикального пересмотра Чикагской конвенции поднимался правоведами на Всемирной авиатранспортной конференции (Монреаль, 1994 г.)<sup>19</sup>. Однако с категорическими возражениями против внесения даже текстуально небольших, но существенных изменений в Конвенцию выступило руководство ИКАО и представители США. Государства-члены ИКАО также не поднимали вопрос о пересмотре данной Конвенции на официальном уровне.

## **Заключение**

Сравнительно-правовой анализ показывает, что Чикагская конвенция не сформировала полноценного правового режима использования воздушного пространства и деятельности гражданской авиации как над государственной территорией, так и за ее пределами. Ничем не оправданная поспешность в организации и проведении Международной конференции по вопросам гражданской авиации (в декабре 1944 г.) не принесла ее инициатору абсолютных преимуществ на мировом рынке воздушных перевозок, однако породила в международном воздушном праве множество существующих поныне проблем. Все попытки властей США добиться включения в текст Чикагской конвенции положений о «свободах воздуха» и «беспрепятствен-

---

<sup>18</sup> Доклад Всемирной авиатранспортной конференции по регулированию международного воздушного транспорта: сегодня и в будущем. Doc. ICAO 9644. Available at: URL: <https://store.icao.int/report-of-the-world-wide-air-transport-conference-on-international-air-transport-regulation-present-and-future-doc-9644-english-printed.html> (дата обращения 15.05.2019)

<sup>19</sup> Там же.

ном транзите» не увенчались успехом из-за категорических возражений делегаций других государств, в том числе Великобритании, Новой Зеландии, Канады и Австралии.

Принятие в 1944 г. Чикагской конвенции после Парижской конвенции 1919 г. по некоторым ключевым аспектам нельзя считать образцом прогрессивного развития международного воздушного права, что обычно происходит при принятии нового международно-правового акта, а скорее можно считать регрессом в международном нормотворческом процессе.



## **Библиография**

- Бордунов В.Д. Международное воздушное право. М.: Научная книга, 2006. 464 с.
- Грабарь В.Э. История воздушного права / Вопросы воздушного права: Сборник трудов. Вып. I. М.: Авиаким, 1927. С. 39–56.
- Григорян П.А. Международно-правовой режим авиационной безопасности: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2018. 25 с.
- Грязнов В.С. Коммерческие права в международных воздушных сообщениях / Международное воздушное право. Книга 1 / отв. ред. Мовчан А.П. М.: Наука, 1980. С. 128–167.
- Дементьев А.А. Институт ответственности в международном воздушном праве: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2015. 28 с.
- Лули Р. Противодействие актам ненадлежащего использования гражданской авиации: международно-правовые аспекты: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2015. 27 с.
- Малеев Ю.Н. Международное воздушное право. Вопросы теории и практики. М.: Международные отношения, 1986. 240 с.
- Мильде М. Международное воздушное право и ИКАО. СПб.: Институт AERONHELP, 2017. 430 с.
- Перетерский И.С. Воздушное право. М.: Вестник Воздушного Флота, 1923. 143 с.
- Самородова Е.А. Международно-правовые проблемы разработки и принятия универсальной (всеобщей) Конвенции по воздушному праву: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2009. 32 с.
- Сокова Е.А. Международно-правовое регулирование использования воздушного пространства за пределами государственных территорий: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2019. 26 с.
- Тункин Г.И. Теория международного права. М.: Зерцало, 2009. 396 с.
- Черниченко С.В. Источники международного права. Нормы и принципы международного права / Международное право под ред. А.А. Ковалева, С.В. Черниченко. М.: Омега, 2008. С. 49–93.
- Шиббаева Е.А. Специализированные учреждения ООН. М.: Изд-во МГУ, 1962. 32 с.
- Шумилов В.М. Международное право. М.: Велби, 2008. 486 с.
- Эргот А.А. Международно-правовые проблемы регулирования деятельности авиации общего назначения: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2013. 20 с.
- Ambrosini A. (1938) Souverainete et trafic aerien international de la Convention de Paris de 1919 a celle de Montrux de 1936. *Revue aeronautique international*, vol. 28, p. 120–135.

Herik L., Shrijver N. Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order. Meeting the Challenges. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. 760 p.

Milde M. The Chicago Convention — air major attendants necessary of desirable 50 years later. *Annals of Air and Space Law*, 1994, vol. XIX, p. 401–426.

Reuter P. Trois observations sur la codification de la responsibility international des Etats pour fait illicite / Virally M.M. (ed.) *Le droit internationale au service de la paix, de la justice et du developpement*. Paris: Pedone, 1991. P. 389–398.

Schenkman J. *International Civil Aviation Organization*. Geneva: Droz, 1955. 410 p.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 3

### “Old” but Modern Problems of International Air Law



**Aslan K. Abashidze**

Professor, Department of International Law, Russian Peoples' Friendship University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 6 Miklukho-Maklaya Str., Moscow 117198, Russian Federation. E-mail: abashidze-akh@rudn.ru



**Aleksander I. Travnikov**

Associate Professor, Department of International Law, Russian Peoples' Friendship University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 6 Miklukho-Maklaya Str., Moscow 117198, Russian Federation. E-mail: alex\_travnikov@inbox.ru



#### Abstract

The article provides a comparative analysis of the provisions of the 1919 Convention on the Regulation of Aerial Navigation and the 1944 Convention on International Civil Aviation. The analysis identified imperfections of the 1944 Convention still remaining the major international legal act on the regulation of air navigation processes. It is proposed recommendations to improve key areas of international air law regulation. Special attention is paid to the activities of the International Civil Aviation Organization (ICAO) in the development of draft international treaties, adoption of standards and recommended practices aimed at unifying national air laws establishing permits for aircraft to enter other states and regulate the procedure of designation prohibited and dangerous zones. In consequence of the comparison difference in the legal status of annexes to both Conventions mentioned is established. The problems of the international legal classification of aircraft, the legality of the use of weapons against civil aircraft that violate the state border or used for illegal purposes that are incompatible with the provisions of the 1944 Convention are analyzed in details. The facts of the realization by coastal states of jurisdiction in air navigation in the flight information areas established on the basis of the relevant regional treaties, have been studied as the confirmation of the international legal custom. The article contains recommendations for all users of the airspace to creation of a common international legal regime of flights of aircraft, rocket launches, guided missiles, ascents and descents of space objects. It is substantiated a necessity of determining international legal responsibility of states for damage caused as a result of an illegitimate act in relation to civil aviation, by amending the 1944 Convention on International Civil Aviation. It is described possible international legal procedures for interaction between search and rescue and air navigation services of the states realizing jurisdiction outside sovereign

territories, and makes the suggestions to bring them in line with practice of relief operations on the sea. Also the article focuses on analyzing issues of international legal regulation of investigations of accidents and incidents aimed at identifying true causes of the incident and communicating results of investigations to air transport operators and aircraft manufacturers to prevent similar catastrophes in the future.



## Keywords

international air law; civil and state aviation; flight information regions; flight safety; air traffic control; investigation of air accidents.

**For citation:** Abashidze A.Kh., Travnikov A.I. (2019) "Old" but Modern Problems of International Air Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 181–202 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.181.202



## References

- Ambrosini A. (1938) Souverainete et trafic aerien international de la Convention de Paris de 1919 a cella de Montrux de 1936. *Revue aeronautique internationale*, no 28, pp. 120–135 (in French)
- Bordunov V.D. (2006) *International Air Law*. Moscow: Nauchnaya kniga, 464 p. (in Russian)
- Chernichenko S.V. (2008) Sources of International Law. Norms and Principles of International Law. In: Kovalev A.A., Chernichenko S.V. (eds.) *The International Law*. Moscow: Omega, 2008. 831 p. (in Russian)
- Dementiev A.A. (2015) Responsibility in International Air Law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 28 p. (in Russian)
- Ergot A.A. (2013) International Law Issues of Regulating Activities of General Aviation. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 20 p. (in Russian)
- Grabar' V.E. (1927) History of Air Law. In: Baranov P.I. (ed.) *Air Law Issues*. Moscow: Aviakhim, pp. 39–56 (in Russian)
- Grigoryan P.A. (2018) International Legal Aviation Security Regime. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 25 p. (in Russian)
- Gryaznov V.S. (1980) Commercial Law in International Air Traffic. In: Movchan A.P. (ed.) *International Air Law*. Moscow: Nauka, 351 p. (in Russian)
- Herik L., Shrijver N. (2013) *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order. Meeting the Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 760 p.
- Luli R. (2015) Countering the Acts of Inappropriate Use of Civil Aviation: International Legal Aspects. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 27 p. (in Russian)
- Maleev Y.N. (1986) *International Air Law. Theory and Practice*. Moscow: Mezhdunarodnye otnoshenia, 240 p. (in Russian)
- Milde M. (1994) The Chicago Convention — Air Major Attendants Necessary of Desirable 50 Years Later. *Annals of Air and Space Law*, vol. XIX, pp. 401–426.
- Milde M. (2017) *International Air Law and ICAO*. Saint Petersburg: AEROHELP, 430 p. (in Russian)
- Peretersky I.S. (1923) *Air Law*. Moscow: Air Fleet Bulletin, 143 p. (in Russian)

Reuter P. (1991) Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite. In: Virally M.M. (ed.) *Le droit internationale au service de la paix, de la justice et du développement*. Paris: Pedone, 511 p. (in French)

Samorodova E.A. (2009) International Legal Issues of Development and Adoption of a Universal Convention on Air Law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 32 p. (in Russian)

Schenkman J. (1955) *International Civil Aviation Organization*. Geneva: Library E. Droz, 410 p.

Shibaeva E.A. (1962) *Specialized UN Agencies*. Moscow: University Press, 32 p. (in Russian)

Shumilov V.M. (2008) *International Law*. Moscow: Velbi, 486 p. (in Russian)

Sokova E.A. (2019) International Legal Regulation of the Use of Airspace outside State Territories. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 26 p. (in Russian)

Tunkin G.I. (2009) *Theory of International Law*. Moscow: Zertsalo, 396 p. (in Russian)

# The Latest Criminal Law Reforms in the General and Special Part of the German Criminal Code<sup>1</sup>

---

---



**Martin Wassmer**

Professor, Chair for Criminal Law and Criminal Law Procedure, Institute for Criminal Law and Criminal Law Procedure, University of Cologne, Doctor of Juridical Sciences. Address: Albertus-Magnus-Platz, 50923 Cologne, Germany. E-mail: martin.wassmer@uni-koeln.de

---



## **Abstract**

In the previous legislative period, that is from 2013 to 2017, the Grand Coalition in the Federal Republic of Germany, consisting of Christian Democratic Party (CDU, CSU) and Social Democratic Party (SPD), under leadership of Angela Merkel, has carried out numerous reforms in the area of criminal law. Not only have the penal provisions of the Special Part of the German Criminal Code (Strafgesetzbuch — StGB) been supplemented and expanded, but the basic provisions of its General Part, which are relevant and applicable to all criminal offences, have also been modified. This article presents the most important reforms. Not only are the respective motives of the legislator presented, but also the reactions of criminal science and practice. The aim is to critically assess the reforms and their impact. In addition, the article gives a brief outlook on the forthcoming German legislation in the current legislative period. The article concludes that criminal law reforms in the last legislative period mainly consisted of tightening and broadening criminal law provisions reflecting “actionism” and “populism”. The German Federal Constitutional Court is expected to review the constitutionality of several provisions. The German legislator failed to recognise that tightened rules would be ineffective in practice if prosecution did not become more effective and the likelihood of detecting crimes was not increased. In future, the re-elected Grand Coalition should take greater account of the findings of criminal science. One proposal in this context would be that the planned reform of the sanctions law for companies would also strengthen the rights of defence of companies.

---



## **Keywords**

Criminal law; reforms; German Criminal Code; special part; general part; corruption; stalking; interception of telecommunications; online searches and seizures; criminal asset confiscation; sanctions law for companies.

---

---

<sup>1</sup> Written and extended version of a lecture given at the Higher School of Economics, Moscow, on October 20, 2018.

**For citation:** Wassmer M. (2019) The Latest Criminal Law Reforms in the General and Special Part of the German Criminal Code. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 203–219 (in English)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.203.219

## Introduction

In the previous legislative period (2013–2017) there has been a veritable “flood” of criminal law reforms in Germany. This was made possible by the fact that since November 2013 a solid Grand Coalition of Christian Democrats (CDU, CSU) and Social Democrats (SPD) under the leadership of Chancellor Angela Merkel had been in power, which was able to implement legislative projects without much parliamentary resistance. The various reforms which, on the one hand, were a product of European and international requirements and, on the other hand, were triggered by current events, are outlined and evaluated below. Finally, an outlook on the legislation of the current legislative period is also presented.

### 1. Corruption of a Member of Parliament

The “48th Criminal Law Amendment Act” of 23 April 2014<sup>2</sup> considerably extended the corruption punishment of Members of Parliament with effect from 1 September 2014. Corruption in politics is regarded as a very much unwanted and “sidelined” part of German legislation. Criminal liability was abolished in 1953 in the course of a new regulation on voter bribery, and the intention was to make it punishable again at a later stage. However, this did not happen until 40 years later, once corruption rumours circulated during the 1992 vote on the issue of the federal capital (Bonn or Berlin). However, § 108e StGB, which was finally introduced in 1994, could only offer very limited protection, as it only covered the corruption of elected officials in relation to the “buying” and “sale” of votes in elections and votes in the European Parliament or in a federal, state or local parliament. Furthermore, the provision fell short of international standards, such as those contained in the 1999 Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption and the 2003 United Nations Convention against Corruption. Finally, on 9 May 2006<sup>3</sup>, the 5th Criminal Senate of the Federal Court of Justice held that municipal elected

---

<sup>2</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette] I 2014, p. 410; draft law Bundestagsdrucksache [Bundestag paper] 18/476; resolution recommendation and report of the Committee on Legal Affairs and Consumer Protection (6th Committee) BT-Drs 18/607.

<sup>3</sup> Federal Court of Justice, Judgement of 9 May 2006, 5 StR 453/05 // Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, vol. 51, p. 45.

representatives are not public officials within the meaning of § 11 (1) No. 2 StGB, and stated a need for legislative action.

The implementation required a new version of § 108e StGB. The paragraph was re-named to “corruptibility and bribery of mandate holders” to express that both forms, passive (§ 108 (1) StGB) and active corruption (§ 108e (2) StGB) are punishable. The offence now also applies to members of all German regional and local authorities, as well as members of a parliamentary assembly of an international organisation or a legislative body of a foreign state. It was made clear that an “unjustified advantage” does not exist, in particular, if the acceptance of the advantage is in accordance with the provisions applicable to the legal position of the member (§ 108 (4) sentence 1 StGB). In addition, neither a political mandate/function nor a donation permitted by law are considered unjustified advantages (§ 108 (4) sentence 2 StGB). A further secondary consequence of a prison sentence of at least 6 months is now the withdrawal of the right to vote (§ 108e (5) StGB). In addition, the offence was included in the catalogue of predicate offences of money laundering (§ 261 (1) sentence 2 No. 2 letter a StGB). The courts of first instance now are the Higher Regional Courts.

The reform has been met with mixed reactions [Bachmann M., 2014: 404].

The main criticism was that further conduct should have been covered and the scope of application should have been wider; at present only a member who plays the fool or does indeed act foolishly when testifying can be punished. For example, bribery only exists if the Member has acted “by order or on instruction”. However, a counterargument to this is that the new criminal offence covers the core area of punishable conduct. Moreover, it is very difficult to draw the line between permissible political influence and punishable corruption, since political parties in Germany are also financed by donations. It is assumed that the new regulations will be of greater practical relevance at the local level, where concrete decisions and projects are often involved, than at the federal or state level [Willems H., 2015: 33].

## **2. Sexual Criminal Law**

Extensive European provisions on sexual criminal law were transposed into national law with the “49th Act Amending the Criminal Code” of 21 January 2015<sup>4</sup>, with effect from 27 January 2015. More specifically, the Act was based on the 2007 Council of Europe Convention for the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, the 2011 Council of Europe Convention for the Prevention and Suppression of Violence against Women and Domestic Violence and the Directive 2011/93/EU on combating sexual abuse and exploitation of children

---

<sup>4</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette], I 2015, p. 10; Bundestagsdrucksache [Bundestag paper] 18/2601; Resolution recommendation and report of the Committee on Legal Affairs and Consumer Protection (6th Committee) Bundestagsdrucksache [Bundestag paper] 18/3202.

and child pornography. German law essentially already met the requirements of these legal acts, but there were some gaps that needed to be filled.

In addition, the “Edathy Affair” caused a public sensation<sup>5</sup>. In February 2014, the apartments and offices of Sebastian Edathy, a member of the Bundestag, was illegally searched by the police despite his immunity. In July 2014, Edathy was accused of child pornography for the images and videos he possessed, and for accessing material via the Internet using his service laptop on the server of the Bundestag. In March 2015, the proceedings were discontinued due to low guilt as per § 153a StPO. However, the legislator felt compelled to create special provisions for the retrieval of content harmful to children and young persons and to strengthen the protection of the general personality right against the production, distribution and dissemination of photographs suitable to substantially damage the reputation.

The reform has amended and supplemented many provisions. Numerous additions were made to sexual offences (§§ 174 et seqq. StGB). In this context, the statute of limitations is now suspended for many offences until the victim reaches the age of 30 (§ 78b (1) No. 1 StGB). Furthermore, §§ 184b StGB and 184c StGB, which are intended to protect against pornographic content, were extended to include representations which depict adolescents “in an unnaturally gender-emphatic posture”. § 184e StGB was introduced to criminalise the organisation or participation in pornographic (live) performances of children and adolescents. In addition, the penal provision on the violation of intimate privacy by taking photographs (§ 201a StGB) was considerably extended, so that even those who make an image available to a third person, that is suitable “to substantially damage the reputation of the person depicted” without authorization are punished (§ 201a (2) StGB). Furthermore, a penalty is now also imposed on anyone who “takes or offers to take a picture which relates to the nudity of another person under the age of eighteen” in order to obtain it for a third person in return for payment, or procures it for himself or a third person in return for payment (§ 201a (3) StGB). A “social adequacy clause” (§ 201a (4) StGB) is intended to exempt acts “which are carried out in the context of overriding legitimate interests”, namely in arts or science, research or teaching, in reporting on current events, on history or for similar purposes.

Already part of the legislative process, there was a lot of controversy around the intended tightening of §§ 184b et seqq., 201 StGB (“Lex Edathy”), which were originally intended to go much further and would have covered large parts of street photography and photojournalism [Bachmann M., 2014: 407]; [Krings G., 2014: 69–72]. However, even the regulations that were relaxed through the inclusion of the “social adequacy clause” following this criticism, have significantly aggravated the legal situation and have a considerable impact on fundamental rights due to the allowance of private photographs in the public sphere. It should be noted that, on

---

<sup>5</sup> Available at: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/sebastian-edathy-prozess-gegen-5000-euro-eingestellt-a-1021339.html>. (accessed:12.04.2018)

the one hand, the legislator has left the concretisation to the jurisdiction and, on the other hand, the broad social adequacy clause allows for a number of objections. It therefore remains to be seen whether the new regulations will guarantee the intended increased protection of the general personality right in the form of the right to one's own image and to what extent that will be the case.

### **3. Hate crimes**

With the “Act on the Implementation of the Recommendations of the NSU Investigation Committee of the German Bundestag” of 12 June 2015<sup>6</sup>, a provision was included in the catalogue of sentencing circumstances under § 46 (2) of the Criminal Code with effect from 1 August 2015, which is intended to take account of hate crimes. Now “especially racist, xenophobic or other inhuman motives and objectives” can be considered in the sentencing of the offence. This concluded a debate that began after the turn of the millennium and led to several draft laws. However, an inhuman motivation has always been reviewed in the course of sentencing, since the motives and aims as well as the attitude reflected in the offence form sentencing circumstances. This supplement should therefore, above all, send out a signal in terms of legal policy and serve to sensitise the police and judiciary.

The drafts, as well as the final implementation, were discussed vigorously and widely deemed as purely symbolic [Jungbluth D., 2015: 579–585].

On the other hand, it should not be forgotten that the number of hate crimes has risen sharply in recent years. In 2015, the year of the so-called “refugee crisis”, the number of cases skyrocketed by more than 75%<sup>7</sup>! Therefore, the intention of criminal law policy to make inhuman motives be viewed as particularly reprehensible by citizens and law enforcement authorities is to be welcomed. In addition, amendments were made to the internal “Guidelines for Criminal Proceedings and the Fines Proceedings (RiStBV)”, whereby investigations displaying indications of inhuman motives are to be extended and there is also, “as a rule”, a public interest in prosecution.

### **4. Corruption in the public and private sectors**

Far-reaching reforms in the area of corruption in the public and private sectors were introduced by the “Act on Combating Corruption” of 20 November 2015<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette] I 2015, p. 925.

<sup>7</sup> Cf. *Bundesministerium des Innern* Übersicht „Hasskriminalität — Entwicklung der Fallzahlen 2001–2016“, April 2017.

<sup>8</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette] I 2017, p. 2025; draft law. Bundestagsdrucksache [Bundestag paper] 18/4350; resolution recommendation and report of the Committee on Legal Affairs and Consumer Protection (6th Committee). Bundestagsdrucksache [Bundestag paper] 18/6389.

with effect from 26 November 2015, which served not only to (further) implement the 1999 Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption together with its 2003 Additional Protocol and the 2002 United Nations Convention against Corruption and the implementation of the EU Framework Decision 2003/568/JHA on Combating Bribery in the Private Sector, but also to elevate several provisions on corruption from secondary criminal law into the Criminal Code. Thus, certain foreign offences with a particular domestic reference were included in the scope of German criminal law by § 5 No. 15 a to d StGB, so that they are now subject to the criminal provisions of §§ 331–337 StGB, which serve to combat corruption of public officials, irrespective of the law of the place of the offence. Furthermore, not only was the concept of the European public official defined in § 11 (1) no. 2a StGB, but such officials were also included in the existing criminal provisions. In the newly inserted § 335a StGB foreign and international employees were also partially placed on an equal footing with German officials and judges. Finally, the criminal provision of § 299 StGB introduced the so-called “principal model”, in accordance with the provisions of the 1999 Council of Europe Criminal Law Convention, which is similar to the existing German penal provision on embezzlement and abuse of trust (§ 266 StGB).

The ambitious reform, which took up a failed draft law from 2007<sup>9</sup>, was faced with harsh criticism in the field of criminal science [Dann M., 2016: 203–206]; [Schünemann B., 2015: 68–71]. Within its framework, punishability, as well as the general area of application of German criminal law was substantially extended to foreign offences. Nonetheless, it remains to be seen to what extent the new possibilities of criminal prosecution will be used in practice. This is mainly due to the fact that detection and investigation of foreign offences regularly causes enormous difficulties for the German prosecution authorities, as they are dependent on the legal assistance of other states.

## **5. Corruption in the health care system**

The “Act to Combat Corruption in the Health Care System” of 30 May 2016<sup>10</sup> created the criminal offences of bribery and corruption in the health care system (§§ 299a, 299b StGB) together with particularly serious cases (§ 300 StGB) with effect from 4 June 2016. The origin of this was a decision of the Grand Senate of the Federal Court of Justice of 29 March 2012<sup>11</sup>. According to this decision, physicians in private practice are neither public officials within the meaning of § 11 (1) no. 2

---

<sup>9</sup> Bundestagsdrucksache [Bundestag paper] 16/6558.

<sup>10</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette] I 2016, p. 1254.

<sup>11</sup> Bundesgerichtshof [Federal Court of Justice] Judgement of 29 March 2012 – GSSt 2/11 // Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2012, pp. 2530–2535.

letter c StGB nor representatives of the statutory health insurance funds within the meaning of § 299 StGB (corruption in business transactions). In addition, the giving and taking of bribes can only insufficiently be recorded as breach of trust (§ 266 StGB).

Criminal science has occasionally described the new penal provisions as “the wrong way” and warned against exaggerated expectations [Nestler N., 2016: 70–75].

However, they are predominantly assessed as being necessary [Krüger M., 2017: 129–137], was provided that it is ensured in practice that permissible and desirable efforts of cooperation between service providers, pharmaceutical companies and medical device manufacturers are not criminalised. It is also criticised that the professional group of pharmacists is not covered notwithstanding the considerable risks of corruption [Brettel H., Mand E., 2016: 99–106].

For these purposes, the German Federal Council has asked the Federal Government to closely monitor whether this criminal liability gap will affect confidence in the health care system in the future<sup>12</sup>.

## **6. Trafficking in human beings**

The “Act to Improve the Fight against Trafficking in Human Beings” of 11 October 2016<sup>13</sup> completely redesigned §§ 232 to 233a StGB, with effect from 15 October 2016. This went far beyond the adjustments originally envisaged, which only provided for an extension to cases of trafficking in human beings for the purposes of committing criminal offences, begging and organ trafficking. The main impetus was the pending implementation of Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims. The new conception has led to a higher terminological sharpness, but it has also met criticism, as it has resulted in contradictions in other areas of crime (sexual criminal law, undeclared work) and the protection of victims strived for by the directive continues to be neglected [Petzsche A., 2017: 236–248].

## **7. Stalking**

On 10 March 2017 the “Act for the Improvement of Protection against Stalking” of 1 March 2017 came into force<sup>14</sup>. Previously, § 238 (1) StGB demanded that the victim’s lifestyle be seriously impaired by persistent acts of imitation (e.g. relocation, change of job). As a result, around 20,000 cases were reported in 2013,

---

<sup>12</sup> Bundesratsdrucksache [Federal Council paper] 181/16, p. 2 f.

<sup>13</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette], I 2016, p. 2226.

<sup>14</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette], I 2017, p. 386.

but there were only 200 consequential sentences<sup>15</sup>. These incidents should now be avoided through punitive protection. Such acts (§ 238 (1) Nos. 1 to 4 StGB) must merely be capable of seriously impairing the victim's way of life. The catch-all clause of § 238 (1) No. 5 StGB, which is criticised by some on account of its indeterminacy and is linked to the performance of "another comparable act", was rightly retained. A catch-all clause is necessary in order to effectively counteract the various possible actions of stalkers [Kubiciel M., Borutta N., 2016: 194–198].

It is also to be welcomed that § 238 StGB is no longer a so-called private action offence (§ 374 StPO). The victim is therefore no longer expected to appear before the criminal court, as a public prosecutor is against their own stalker!

## **8. Corruption in sport**

With the "51st Criminal Law Amendment Act" of 11 April 2017<sup>16</sup>, the penal provisions of "sports betting fraud" (§ 265c StGB) and "manipulation of professional sports competitions" (§ 265d StGB) together with particularly serious cases (§ 265e StGB) were introduced with effect from 19 April 2017. This was intended to close criminal liability gaps in § 263 StGB (fraud) and § 299 StGB (corruption in business transactions). According to the legislature, the outstanding social role of sport, its great economic importance and the property interests associated with it, made it necessary to counter the dangers of manipulation by means of criminal law. In addition, a provision was created through which German criminal law applies to foreign offences irrespective of the law of the place where the offence was committed if the offence relates to a competition taking place in Germany (§ 5 No. 10a StGB). And finally, in the particularly serious cases, the potential authorisation for telecommunications surveillance was introduced (§ 100a (2) No. 1 letter p StGB).

In criminal science, the introduction of the provisions was mostly strongly criticized [Nuzinger T., Rübenstahl M., Bittmann F., 2016: 34–37].

It was argued that these provisions were neither necessary nor meaningful [Feltes T., Kabuth D., 2016: 8]. This should be disputed, however, as the legislature has not exceeded its assessment prerogatives given the significant threats to the protected legal interests involved. However, the specific definitions of the offences raise a number of questions, particularly as the terms "professional competition" and "anti-competitive influence" are linked to very vague concepts. Moreover, there is the suspicion that the legislature wanted to enable law enforcement authorities to permanently investigate the events on the betting market [Swoboda S.,

---

<sup>15</sup> Bundestagsdrucksache [Bundestag paper] 18/9946.

<sup>16</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette], I 2017, p. 815.

2016: 4]. In practice, the investigations are likely to focus on the German Soccer League and other high-profile competitions.

## 9. Criminal law on asset confiscation

The “Law on the Reform of the Criminal Law on Asset Confiscation” of 13 April 2017<sup>17</sup> must be regarded as the most significant practical innovation of recent years. Thus, with effect from 1 July 2017, the new regulations also apply, in deviation from § 2 (5) StGB, to proceedings which were already in progress *at the time of the law’s entry into force* (Art. 316h sentence 1 EGStGB), i.e. retroactively. The reason for the reform was that the previous law was burdened with numerous questions of doubt. This was particularly the case for victim compensation. For instance, confiscation was excluded if the victim of a crime had a claim for damages. In addition, the victims had to ensure that their claims were enforced themselves under civil law and, in accordance with the principle of priority, had to obtain permission for execution in a separate criminal procedure. The criminal prosecution authorities were thus only able to secure assets provisionally (so-called recovery assistance).

At the heart of the reform is the fundamental change to victim compensation. With the new model (§§ 73 et seq. StGB), victims of crimes are to obtain compensation for damages in a simple manner. The confiscation will now be decided in the main hearing (§§ 421 et seq. StPO). In principle, the victims’ claims are satisfied in enforcement proceedings (§§ 459g et seq. StPO), whereby all victims are treated equally. The redefinition of the proceeds from the crime is of central importance, as previously an inconsistent jurisprudence had caused legal uncertainty. In contrast to the previous model, in which the entirety of what had been obtained was accessed without taking expenses into account (gross principle), the legislature now wants to determine what had been obtained in a two-step process: in the first step, what had been obtained is to be determined purely objectively, whereby the provision is based on the civil law of enrichment. In the second step, the value of the acquired assets is then determined, taking into account expenses<sup>18</sup>.

In addition, the previous limitation of the scope of “extended confiscation” to offences committed on a professional or gang basis has been removed. Now the “extended confiscation” of proceeds from crime (§ 73a StGB) is prescribed for all unlawful offences. The confiscation of property obtained unlawfully must therefore be carried out even if its origin cannot be established from a specific criminal offence. In addition, the subsequent confiscation of assets is now possible (§ 76 StGB). Finally, a legal instrument was created for the area of terrorism and organ-

---

<sup>17</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette] I 2017, p. 872.

<sup>18</sup> Bundestagsdrucksache [Bundestag paper] 18/9525, p. 62.

ised crime with which assets of unclear origin resulting from criminal offences can be confiscated irrespective of proof of a concrete criminal offence (§ 76 (4) StGB).

On the one hand, this “all-embracing” approach has been welcomed because it has clarified the definition of what has been achieved and facilitated victim compensation [Trüg G., 2017: 1913–1918], but on the other hand it has also been sharply criticised. It is argued that the reform leads to a considerable additional burden on the criminal prosecution authorities and that the victim is now dependent on a distribution procedure in the execution of the sentence [Heim M., 2017: 248].

In addition, the extensive confiscation of assets prevents the accused from the possibility of voluntary reparation [Köllner R., Mück J., 2017: 593–599]. The now generally prescribed extended confiscation leads to friction, namely with the accusation principle, the guilt principle, the presumption of innocence and the property guarantee. Finally, the ordered retroactive applicability of the new provisions infringes the prohibition of retroactive effect of Art. 7 (1) sentence 2 ECHR<sup>19</sup>.

## **10. Home burglary**

With the “55th Criminal Law Amendment Act” of 17 July 2017<sup>20</sup>, with effect from 22 July 2017, the breaking into a “permanently used private dwelling” was regulated in § 244 (4) StGB. The act is now a felony and punishable with imprisonment from one year to ten years. This was intended, on the one hand, to take account of the serious psychological consequences of a home burglary and, on the other hand, to increase the clarification rate<sup>21</sup>. Already before § 244 (1) No. 3 StGB punished the break-in into a “dwelling” with imprisonment from six months up to ten years, in less severe cases from three months up to five years. However, the act was only a misdemeanour. But now it is questionable which area of application § 244 (1) No. 3 StGB remains, since a “dwelling” will regularly be the “permanently used private dwelling”. § 244 (1) No. 3 StGB will in future probably only apply to dwellings which are temporarily used (e.g. holiday dwellings). The intention to increase victim protection is to be welcomed, but it cannot be assumed that the mere increase in the penalty framework will deter criminals. Finally, contradictions have arisen, since the punishment for the gang’s committal of a home burglary is not more severe [Mitsch W., 2017: 21–25].

§ 244a StGB (serious gang theft) only qualifies § 244 (1) No. 3 StGB as a felony.

---

<sup>19</sup> Landgericht (LG) Kaiserslautern Judgement of 20 September 2017 — 7 KLS 6052 Js 8343/16 // *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiSt)* 2018, pp. 149–152.

<sup>20</sup> *Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette]* I 2017, p. 2442.

<sup>21</sup> *Bundestagsdrucksache [Bundestag paper]* 18/12359, pp. 1–2, 7.

## 11. Driving ban as a general ancillary penalty

The “Act on the More Effective and Practical Arrangement of Criminal Proceedings” of 17 August 2017<sup>22</sup> redefined the scope of the driving ban (§ 44 StGB) with effect from 24 August 2017. Previously, the driving ban could only be imposed as an ancillary penalty for a period of one month to six months if the offence was committed “during or in connection with the driving of a motor vehicle or in breach of the obligations of a motor vehicle driver”. Now the driving ban can be ordered in accordance with § 44 (1) sentence 2 StGB for all criminal offences, “namely” if it “appears necessary to influence the offender or to defend the legal system or if the imposition of a custodial sentence or its execution can thereby be avoided”.

In criminal science, the new regulation has been subject to pointed criticism [Berwanger J., 2017: 26–27]. In the first instance, the extension of the scope of the driving ban constitutes a considerable encroachment upon fundamental rights. Furthermore, there is no clear guidance as to when a driving ban should be imposed if the offence was not committed in connection with driving a motor vehicle. The imposition of a driving ban, which is difficult to control in practice, is left solely to the judiciary’s devices, which has created the basis for an inconsistent and therefore legally questionable decision-making practice. A restrictive interpretation in conformity with the constitution is accordingly rightly demanded [Schöch H., 2018: 15–18].

It is also proposed to provide for exceptions in such cases where the use of motor vehicles is professionally necessary for the offender [Bode T., 2017: 1–7].

## 12. Telecommunications surveillance at the source and online investigations

With effect from 24 August 2017, the aforementioned “Act on the More Effective and Practical Arrangement of Criminal Proceedings” also reformed the telecommunications surveillance in § 100a of the German Code of Criminal Procedure (Strafprozessordnung — StPO) and created the possibility of online investigations in § 100b StPO. These extensions were not originally planned, with the corresponding amendments being passed towards the end of the legislative process<sup>23</sup>. As a result, an information technology system used by the suspect may be interfered with and data be collected from it without the knowledge of the suspect. The

---

<sup>22</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette] I 2017, p. 3202.

<sup>23</sup> Cf. draft law Bundestagsdrucksache [Bundestag paper] 18/11277, p. 8; resolution recommendation and report of the Committee on Legal Affairs and Consumer Protection (6th Committee) Bundestagsdrucksache [Bundestag paper] 18/12785, pp. 46–58.

conditions are, however, strict. Firstly, certain facts must justify the suspicion that someone has committed a particularly serious crime as a perpetrator or participant, or has attempted to do so in cases where the attempt is punishable; secondly, the crime must also weigh particularly heavily in individual cases; and thirdly, the determination of the facts of the case or the location of the accused must otherwise be considerably more difficult or unlikely. The worrying aspect of this though, is the extensive catalogue of particularly serious crimes (§ 100b (2) StPO). These do not only include murder and manslaughter, but also drug offences, gang theft and certain corruption offences.

These greatly extended powers, which are subject to the reservation of judges, have been met with sharp criticism in criminal science [Beukelmann S., 2017: 440]; [Soiné M., 2018: 497–504].

This can be seen as a result of the great interference with the “fundamental right to integrity and confidentiality of information technology systems”<sup>24</sup>, the so-called “IT fundamental right”, that the powers bring with them. In conventional telecommunications surveillance, telephony or Internet providers pass the data traffic and telephone conversations of the suspect over to the investigators. In the case of telecommunications surveillance at the source and online investigations, on the other hand, the communication device is tapped directly. The law enforcement authorities can thereby break into computers and smartphones and infect the devices with the so-called “state trojan”. In 2008, the Federal Constitutional Court<sup>25</sup> ruled that online investigations are only admissible if there are factual indications of concrete danger for a legal right of paramount importance. Rights of paramount importance are the body, life and freedom of the person or such goods of general interest whose threat affects the foundations or existence of the state or the foundations of human existence. In addition, the core area of private life must remain protected. It therefore remains to be seen how the Federal Constitutional Court will rule on the constitutional complaints filed against the above far-reaching new regulations.

### **13. Prohibited motor vehicle races**

The “56th Criminal Law Amendment Act” of 30 September 2017<sup>26</sup> introduced § 315d StGB with effect from 13 October 2017. The reason for this was that a scene had formed which increasingly organised illegal motor vehicle races on public roads, but it could not satisfactorily fall under the ambit of the existing road traffic offences. For example, an application of § 315c StGB (endangerment of road traf-

---

<sup>24</sup> Federal Constitutional Court, Judgement of 27 February 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), vol. 120, p. 274.

<sup>25</sup> Ibid., pp. 274–350.

<sup>26</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette] I 2017, p. 3532.

fic) was excluded if there was no concrete danger. The application of § 315b StGB (dangerous interventions in road traffic) also failed in most cases, as the vehicles were not misused as “weapons”. Punishment through administrative penalties was not suitable as a deterrent, since only short-term driving bans could be imposed, and fines did not adequately reflect the potential danger to life and limb. § 315d (1) StGB now punishes those who organise or conduct an illegal motor vehicle race in road traffic (No. 1), take part in such a race as motor vehicle drivers (No. 2) or move at an unadapted speed and in a grossly traffic violation and reckless manner in order to achieve the highest possible speed (No. 3) with a fine or imprisonment for up to two years. If the life or limb of another person or property of significant value is specifically endangered, the prison sentence is up to five years (§ 315d (2) StGB) and in cases of death or serious damage to the health of another, or damage to the health of a large number of people, the sentence can be from one year to ten years (§ 315d (5) StGB). The attempt is also punishable in the cases of § 315d (1) No. 1 StGB (§ 315d (3) StGB). Whoever causes the danger negligently in the cases of § 315d (2) StGB shall be punished with imprisonment for up to three years (§ 315d (4) StGB). Further, § 315f StGB permits the confiscation of the vehicles. Finally, the driving licences of the perpetrators are to be withdrawn, as they are regularly unsuitable for driving motor vehicles (§ 69 (2) No. 1a StGB).

In criminal science, this tightening was welcomed. However, § 315d (1) No. 3 StGB, in particular, is regarded as being too far-reaching, since it also covers single drivers who race ruthlessly [Eisele J., 2018: 32–38]. In addition, the criminal liability for the attempt exceeds the target, as the criminal responsibility extends too far into the preparatory phase [Mitsch W., 2017: 70–73].

## 14. Abolition of the “Majesty Insult”

With the “Act on the Reform of Criminal Offences against Foreign States” of 17. July 2017<sup>27</sup>, the previous § 103 StGB (Insult to Organs and Representatives of Foreign States) was repealed with effect from 1 January 2018. This penal provision has protected the dignity of the foreign state or its representatives on the one hand, and Germany’s itself interest in good and undisturbed relations with foreign nations, on the other. The reform was triggered by a “poem of abuse” by satirist Jan Böhmermann about the Turkish President Erdoğan, which was broadcasted on the German television on 31 March 2016. As a result, the public prosecutor’s office in Mainz had initially started investigations on suspicion of the committing of a criminal offence. In April 2016, Chancellor had already advocated the abolition of § 103 StGB, which was considered dispensable. In addition, there was a lack of an obligation under international criminal law to provide special criminal protection

<sup>27</sup> Bundesgesetzblatt [Federal Law Gazette] I 2017, p. 2439.

for foreign representatives<sup>28</sup>. Since the reform, such protection is ensured only by the general offences of insult.

## **15. A Brief Outlook — Sanctions law for companies**

The Grand Coalition (CDU, CSU, SPD), that was re-elected in October 2017 and led once again by Chancellor Merkel, was unable to begin its work until March 2018. The coalition negotiations were extremely difficult this time and almost broke down on several occasions, as the Grand Coalition only received that time a narrow majority in the Bundestag elections and was deeply divided on fundamental issues.

The new coalition agreement concluded in February 2018 provides, among other things, for a comprehensive reform of the “sanctions law for companies”<sup>29</sup>. This could bring a discussion on the introduction of corporate criminal law that has been going on for over 200 years to a close. At present, only administrative fines can be imposed on a legal person or association of persons, as there are strong dogmatic reservations in criminal law science with regard to the introduction of criminal fines. The German economy has, however, also resisted a tightening of sanctions thus far. In contrast, most European Union countries have now introduced corporate criminal law, which allows for criminal fines to be imposed on companies. The last attempt to introduce a corporate criminal law in Germany was made in September 2013. At the time, the North Rhine-Westphalia Justice Minister Kutschaty (SPD) presented a draft of an “Association Criminal Code”. Following that blueprint, the Grand Coalition had announced in its (first) coalition agreement of December 2013<sup>30</sup> that it would “examine” a “corporate criminal law for multinational corporations”, but legislative measures still did not follow.

It looks like the situation could now change, as the new coalition agreement, unlike in the past, contains concrete information on the planned sanctions law against companies<sup>31</sup>. The intention is to move away from the principle of opportunity and towards the creation of suspension of proceedings and rules on proportionality. This would eliminate the application and enforcement deficits that have existed in practice until now. The range of sanction instruments is also to be expanded. In future, the amount of monetary sanctions shall be based on the economic strength of the company, with the maximum limit for companies with

---

<sup>28</sup> Bundestagsdrucksache [Bundestag paper] 18/11243, pp. 6–7.

<sup>29</sup> Ein neuer Aufbruch für Europa. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7.2.2018. Berlin, p. 126.

<sup>30</sup> Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. Berlin, 2013, p. 101.

<sup>31</sup> Ein neuer Aufbruch für Europa. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, p. 126.

a turnover of more than € 100 million being 10 percent of their turnover. In addition, legal requirements for “internal investigations” are to be created, in particular with regard to the confiscation of documents and investigation possibilities. Notwithstanding these specifications, the coalition agreement does not mention the words “penalty” or “criminal fine”. As such, it is to be expected that only the regulations on administrative fines will certainly be reformed, whilst at the same time not completely ruling out the possibility of the creation of a modern corporate criminal law. This is essentially supported by the fact that only a punishment can adequately convey the injustice and guilt of a criminal offence committed by a manager on behalf of a company. Secondly, the imposition of a penalty by a court in public criminal proceedings has a greater deterrent effect than the (silent) imposition of an administrative fine by an authority. And thirdly, it would also take account of the fact that most EU countries already have corporate criminal law.

A first draft law is expected to be presented in 2019. The new regulation could be based on the “Cologne Draft of an Association Sanctions Act” presented by Cologne legal specialists in December 2017 [Henssler M., Hoven E., Kubiciel M., Weigend T., 2018: 1–10]. This legislative proposal contains extensive substantive and procedural provisions that solve numerous practical difficulties. The proposal has a significantly preventive focus, which is expressed above all through the fact that a part of the sanctions against the criminal company can be waived if the damage caused is compensated, and suitable technical, organisational and personnel measures are taken in order to avoid future misconduct. This is a very welcome step towards the establishment and expansion of effective compliance structures.

## **Conclusions**

It should be noted that the criminal law reforms in the last legislative period of the Grand Coalition (2013–2017) consisted mainly of tightening and extending existing criminal law regulations. This reflects an “actionism” and “populism”, which is rightly staunchly criticised by criminal science. It remains to be seen how the German Federal Constitutional Court will assess these new provisions! In particular, the German Government failed to recognise that tightened rules will remain ineffective in practice if the prosecution does not become more effective and the probability of the detection of criminal offences is not increased. However, this also requires, in particular, that the prosecution authorities are adequately equipped with resources.

In the current legislative period, which began in October 2017, the Grand Coalition has not yet pushed through any legislative proposals in the realm of the Criminal Code. As far as the future is concerned, it is hoped that the Grand Coalition will pursue legislation in the field of criminal law with a greater sense of pro-

portion and, in particular, take the findings of criminal law studies into account to a greater extent. A suggestion in this regard would be that the reform of the sanctions law for companies should not only extend the sanction instruments, but also strengthen the rights of defence of companies.



## References

- Bachmann M. (2014) Reformvorhaben der Großen Koalition auf dem Gebiet des StGB — Ein kritischer Überblick [Reform projects of the Grand Coalition in the field of the StGB — a critical overview]. *Neue Justiz* (NJ), pp. 401–409.
- Berwanger J. (2017) Umstrittene Ausweitung des strafrechtlichen Fahrverbots [Controversial extension of the criminal driving ban]. *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), pp. 26–27.
- Beukelmann S. (2017) Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ [Online investigation and telecommunications surveillance at the source]. *Neue Juristische Wochenschrift Spezial (NJW-spezial)*, p. 440.
- Bode T. (2017) Das Fahrverbot als allgemeine Nebenstrafe [The driving ban as a general ancillary penalty]. *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* (NZV), pp. 1–7.
- Brettel H., Mand E. (2016) *Die neuen Straftatbestände gegen Korruption im Gesundheitswesen* [The new offences against corruption in the health care system]. *Arzneimittel & Recht (A&R)*, pp. 99–106.
- Dann M. (2016) Und immer ein Stück weiter — Die Reform des deutschen Korruptionsstrafrechts [Always a step further — the reform of German criminal law on corruption]. *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), pp. 203–206.
- Eisele J. (2018) Lebensgefährliches Verhalten im Straßenverkehr [Life-threatening behaviour in road traffic]. *Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ)*, pp. 32–38.
- Feltes T., Kabuth D. (2016) Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe [Statement on the Federal Government's draft of law on the punishability of sports betting fraud and the manipulation of professional sports competitions]. *Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WiJ)*, p. 8.
- Heim M. (2017) Gesetz zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung [Law on criminal assets confiscation]. *Neue Juristische Wochenschrift Spezial* [NJW-spezial], p. 248.
- Henssler M., Hoven E., Kubiciel M., Weigend T. (2018) Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes [Cologne draft of an Association Sanctions Law]. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiSt)*, pp. 1–10.
- Jungbluth D. (2015) Irrungen und Wirrungen der „Hasskriminalität“ [Fallacies and confusions of the „hate crime“]. *Strafverteidiger* (StV), pp. 579–585.
- Köllner R., Mück J. (2017) Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung [Reform of the criminal law assets confiscation system]. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht* (NZI), pp. 593–599.
- Krings G. (2014) Neuer Maßstab im Kampf gegen Kinder- und Jugendpornografie [A new standard in the fight against child and youth pornography]. *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), pp. 69–72.
- Krüger M. (2017) Kooperation versus Korruption im Gesundheitswesen — Gedanken zu §§ 299a, 299b StGB [Cooperation versus corruption in health care — thoughts on §§ 299a,

299b StGB]. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht* (NZ-WiSt), pp. 129–137.

Kubiciel M., Borutta N. (2016) Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung [Reason for punishment and design of the offence of stalking]. *Kriminalpolitische Zeitschrift* (KriPoZ), pp. 194–198.

Mitsch W. (2017) Strafrechtsverschärfung bei Wohnungseinbruchdiebstahl [Tightening of criminal law in case of burglary of dwellings]. *Kriminalpolitische Zeitschrift* (KriPoZ), pp. 21–25.

Mitsch W. (2017) Die Strafbarkeit illegaler Rennen de lege lata et ferenda [The punishability of illegal races de lege lata et ferenda]. *Deutsches Autorecht* (DAR), pp. 70–73.

Nestler N. (2016) Standpunkte der Wissenschaft zu §§ 299a, 299b StGB-E [Positions of the scholar community on the draft of §§ 299a, 299b StGB]. *Gesundheitsrecht* (GesR), pp. 70–75.

Nuzinger T., Rügenstahl M., Bittmann F. (2016) Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe [Statement on the draft of the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection on the criminalisation of sports betting fraud and the manipulation of professional sports competitions]. *Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung* (WiJ), pp. 34–37.

Petzsche A. (2017) Die Neuregelung des Menschenhandels im Strafgesetzbuch [The new regulation of human trafficking in the Criminal Code]. *Kritische Justiz* (KJ), pp. 236–248.

Schöch H. (2018) Zur Auslegung und Anwendung des neuen § 44 StGB [On the interpretation and application of the new § 44 StGB]. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), pp. 15–18.

Schünemann B. (2015) Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Korruption — überflüssige Etappe auf dem Niedergang der Strafrechtskultur [The draft law on the fight against corruption — a superfluous stage in the decline of criminal culture]. *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), pp. 68–71.

Soiné M. (2018) Die strafprozessuale Online-Durchsuchung [The online criminal proceedings investigation]. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), pp. 497–504.

Swoboda S. (2016) Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs — Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe [Opinion on the draft for a law amending the Criminal Code — criminalization of sports betting fraud and manipulation of professional sports competitions]. *Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung* (WiJ), p. 4.

Trüg G. (2017) Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung [Reform of the criminal law assets confiscation system]. *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), pp. 1913–1918.

Willems H. (2015) Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung und ihre Auswirkungen auf die Praxis [The new rules on bribery of Members of Parliament and their impact on practice]. *Corporate Compliance Zeitschrift* (CCZ), pp. 29–33.

# Интерперсональные коллизии в международном частном праве Израиля

---



**Н.Ю. Ерпылева**

профессор департамента общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru



**И.В. Гетьман-Павлова**

доцент департамента общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: getmanpav@mail.ru

---



## **Аннотация**

Целью исследования является анализ интерперсональных коллизий (интерперсонального или межличностного права) в международном частном праве Израиля. Интерперсональное право представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих положение персональных систем, одновременно действующих в одной и той же стране. Израиль, в котором церковь не отделена от государства, относится к странам с множественностью личных правовых систем, применимых к группам лиц в зависимости от их религиозной принадлежности, поэтому интерперсональные коллизии там отличаются остротой. В качестве методологии исследования использовались сравнительно-правовой, сравнительно-исторический, формально-логический методы, методы сравнительного анализа и сравнительного правоведения. Объект регулирования и сфера действия интерперсонального права и МЧП в большей части пересекаются. МЧП и интерперсональное право имеют общую историческую функцию — обеспечить реализацию принципа равноправия всех правовых систем и признание субъективных прав, законно приобретенных на основании иного правопорядка. Как МЧП, так и интерперсональное право призваны облегчить и узаконить совместную жизнь различных человеческих общностей, разделенных государственными границами, этнической или религиозной принадлежностью. Анализ интерперсональных коллизий на примере израильского межличностного права показывает, что общее происхождение МЧП и интерперсонального права создает сильную степень сходства между ними и обуславливает их внутреннюю связь. Для разрешения конфликтов личных законов в судебной практике Израиля активно используются общие подходы, принципы и инструментарий МЧП. Установление содержания применимого личного закона и квалификация правовых понятий производятся на основе теории разрешения конфликта квалификаций, разработанной в МЧП; одним из основных связующих факторов, обуславливающих компетенцию религиозных судов и применение религиозного права, является автономия воли сторон. Отсутствие в Израиле гражданского брака и ограничение гражданских разводов заставляют искать пути обхода религиозных законов; отсутствие экви-

валентного личного закона у «человека без религии» дискриминирует по религиозному принципу. Предстоящее вступление в силу светского гражданского кодекса сузит сферу возникновения интерперсональных коллизий по вопросам личного статуса.

---



### Ключевые слова

международное частное право, множественность правовых систем, интерперсональное право, коллизионные нормы, Израиль, личный статус, религиозная принадлежность, юрисдикция.

---

---

**Благодарность:** Статья подготовлена с использованием справочно-поисковой системы «КонсультантПлюс».

**Для цитирования:** Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова О.В. Интерперсональные коллизии в международном частном праве Израиля // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 220–249.

УДК: 341.9

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.220.249

## Введение. Постановка проблемы

Коллизии законов по кругу лиц лежат в основе интерперсонального права (interpersonal law), проблематика которого тесно связана с международным частным правом (далее — МЧП). Классическое МЧП основано на коллизии законов в пространстве — решение вопроса о выборе применимого правопорядка означает выбор пространственно лучшего закона, наиболее тесно связанного с отношением. При этом необходимо иметь в виду, что исторически МЧП формировалось не только на основе принципа территориальности, но и принципа «персональности», учитывающего коллизии законов по кругу лиц, т.е. применение того правопорядка, носителем которого является субъект отношения. Принцип личного, персонального права при рождении МЧП играл не меньшую роль, чем принцип территориальности, а в раннем Средневековье занимал более значимые позиции [Vitta E., 1970: 202]. Кроме того, различные персональные системы обычно распространяются на территорию нескольких государств, каждое из которых обладает законодательным верховенством по вопросу их признания или непризнания. Соответственно, существует возможность трансграничного расширения персональных правовых систем, что вносит в соответствующие отношения иностранный элемент, характерный для МЧП.

В литературе интерперсональное право определяют как совокупность правовых норм, регулирующих положение различных «персональных» си-

стем, одновременно действующих в одной и той же стране [Вольф М., 1948: 20]. Интерперсональное право действует в странах с множественностью правовых систем, когда такая множественность подразумевает существование двух и более правовых укладов, применимых к определенным группам лиц в зависимости от их религиозной, этнической или племенной принадлежности. Члены таких групп имеют свои собственные личные законы, которые действуют в пределах одной страны наряду с общим внутригосударственным правом. В основе личных законов лежит привязка не к территории, а к личности, и они по определению носят экстерриториальный характер, т.е. следуют за лицом при любых его перемещениях в пространстве и применяются к такому лицу всегда вне зависимости от его места нахождения. Личные законы, существующие в государстве, могут быть определены как правовые системы, правила которых относятся к организации однородных сообществ корпоративного типа [Vitta E., 1970: 188]. Изначально интерперсональные коллизии являются не международными, а внутренними, т.е. отражают внутреннюю специфику права соответствующей страны. Подобные коллизии обусловлены отличиями этнических, религиозных, племенных и иных объединений от структуры государства. Главным образом интерперсональные коллизии затрагивают вопросы личного статуса, брачно-семейных, наследственных и земельных отношений.

Наличие интерперсонального права неизбежно влечет за собой возникновение коллизийного вопроса (основного вопроса и в МЧП) — право какой персональной общности применимо к каждой стороне отношения? Какому личному закону подчиняются стороны и как установить его содержание? Постановка коллизийного вопроса предполагает наличие методов и способов его решения, т.е. особого инструментария, с помощью которого можно определить компетентный закон. Таким инструментарием являются внутренние интерперсональные коллизийные нормы, закрепленные на законодательном уровне, в обычном праве или в судебной практике, и предназначенные для решения внутренних интерперсональных коллизий.

Вышесказанное демонстрирует связь между интерперсональным правом и МЧП как с точки зрения их основных проблем, так и с точки зрения способов их решения. В обоих случаях имеет место коллизийный вопрос, который решается с помощью коллизийных норм, определяющих применимое право. Одновременно налицо принципиальное различие: в сфере МЧП речь идет о применении права другой страны, в интерперсональном праве — того или иного правового уклада в рамках одного национального правового порядка. Естественно, возникает проблема соотношения МЧП и интерперсонального права.

В доктрине отсутствует единое мнение по поводу того, входит ли интерперсональное право в структуру МЧП. В российской литературе очень немного исследований, затрагивающих данную проблему. Например, Л.П. Ануфриева

в курсе МЧП уделяет довольно много внимания анализу интерперсональных коллизий, при этом подчеркивая, что «подобного рода проблемы не являются вопросами собственно международного частного права» [Ануфриева Л.П., 2001: 176–178]. Авторы коллективной монографии «Международное частное право: современные проблемы» подробно исследуют интерперсональные коллизии в развивающихся странах, но не высказывают своего мнения по поводу принадлежности таких коллизий к МЧП. В указанной монографии справедливо отмечается, что существенной чертой «интерперсонального» права является отсутствие его связи с какими-либо определенными территориальными границами [Богуславский М.М., 1994: 441–447].

Очень любопытную концепцию предложил В.Л. Толстых. С его точки зрения, исходя из дифференциации правовых семей, можно говорить о существовании романо-германского, англосаксонского и религиозного МЧП. Религиозная концепция МЧП отличается следующими особенностями: 1) наполнение ряда институтов МЧП, имеющих связь с материальным правом, религиозным содержанием (публичный порядок, императивные нормы МЧП и др.); 2) специфическое отношение к традиционным институтам коллизионного регулирования (обратная отсылка, предварительный вопрос и пр.); 3) наличие оригинальных институтов и проблем (применение интерперсональных коллизионных норм и др.) [Толстых В.Л., 2004: 25–26]. Таким образом, интерперсональные коллизионные нормы входят в структуру МЧП, но в рамках особой, религиозной концепции МЧП.

К сожалению, В.Л. Толстых детально не исследует религиозную концепцию МЧП и не дает ее определения. Данная концепция, безусловно, вызывает серьезный научный интерес, но хотелось бы отметить, что вряд ли можно говорить о существовании позитивного религиозного МЧП, поскольку «религиозное право ничего не знает о принятых правилах международного частного права. Религиозные суды рассматривают его [право] как божественное, применимое без ограничений в пространстве или во времени» [Bentwich N., 1964: 247]. Кроме того, для существования МЧП необходимо признание законов других стран, а «личные правовые системы религиозного характера по большей части отказываются признавать все действия, совершенные в соответствии с другими законами, и иногда даже исключают применение их собственного права, когда одна из сторон принадлежит другой системе» [Vitta E., 1970: 189].

В зарубежной литературе проблематика соотношения интерперсонального права и МЧП исследована неизмеримо подробнее<sup>1</sup>. Можно утверждать,

<sup>1</sup> При этом основные теоретические работы написаны довольно давно, до конца третьей четверти XX века. В современной зарубежной литературе в основном исследуются практические проблемы иностранного интерперсонального права [Esteban de la Rosa G., 2015: 1–6]; [Möller L., 2014: 461–487].

что в западной доктрине сложились две основные концепции по этому вопросу. Сторонники первой отрицают принадлежность интерперсональных коллизий к МЧП. В частности, К. Шмитхофф безоговорочно исключает интерперсональные коллизии из сферы МЧП, утверждая, что «расхождения между персональными правами и общим правом страны в пределах одной правовой системы не относятся к области коллизии законов, потому что они не являются результатом применения закона в пространстве» [Schmitthoff С., 1948: 5]. Дж. Бартоломью подчеркивает, что МЧП было разработано на основе существования правовых систем территориального характера, между которыми возможен конфликт, следовательно, его концепции и принципы не применимы, если правовые системы не имеют территориального характера. Межличностные конфликты следует отделять от сферы МЧП; в противном случае могут иметь место попытки применить наиболее удобную норму МЧП без учета фактического характера проблемы [Bartholomew G., 1952: 326].

Приверженцы второй концепции включают интерперсональные коллизии в сферу МЧП. Например, М. Вольф утверждает, что обе эти отрасли (МЧП и интерперсональное право) имеют одинаковую задачу — выяснить в каждом случае компетентную правовую систему. Большинство правил МЧП могут по аналогии применяться к интерперсональным коллизиям, но для межличностного права следует выделить особую коллизионную привязку — «группа лиц, к которой данное лицо относится (индус, магометанин и т.д.)» [Вольф М., 1948: 116–117].

Э. Витта отмечает, что МЧП и межличностное право имеют общий источник происхождения — понятие «личный статут», лежавшее в основе разрешения конфликтов между различными правовыми укладами в Средние века. Разумеется, конфликты личных законов в большей своей части отличаются от МЧП, однако, в определенной степени они похожи на него по своим объекту, методам и способам построения собственных правил (интерперсональных коллизионных норм). Наиболее важными коллизионными привязками для таких норм являются членство в этнической или религиозной группе и автономия воли сторон (право лиц выбирать ту или иную религию и юрисдикцию религиозного или светского суда). Общая для МЧП привязка к праву страны гражданства обладает серьезными особенностями применительно к тем государствам, в которых существуют несколько личных юридических систем, имея в виду не столько принадлежность к гражданам такого государства, сколько принадлежность к определенной этнической или религиозной группе [Vitta E., 1970: 343, 348].

Однако Э. Витта предлагал провести отдельную кодификацию интерперсональных коллизионных норм, отличную от кодификации МЧП. Эту не-

обходимость он обосновывал тем, что внутренние и внешние конфликты, хотя и очень похожи во многих отношениях, все-таки имеют значительные отличия как в отношении предмета, так и основных принципов регулирования. Таких отличий значительно больше в случае коллизий между законами, установленными для лиц другой расы или религии в границах одного и того же государства (межличностные коллизии законов), а не в случае коллизий внутренних законов, возникающих в различных территориальных подразделениях государства (интерлокальные коллизионные нормы). Это связано с тем, что последний тип конфликтов имеет общий с МЧП территориальный элемент, который вообще отсутствует в межличностном поле [Vitta E., 1977: 151].

Сходной точки зрения придерживался Г. Тедески. Интерперсональное право, как и МЧП, является межправовым образованием, чьи нормы имеют особый характер и принадлежат к категории, которую можно обозначить как «закон о законах» («право о праве» — Law of Laws). Нормы этой категории, в отличие от материальных норм, касаются источников, последствий, применения и построения других законов. Применение и религиозных, и иностранных законов является лишь одним аспектом более широкого вопроса, касающегося, с одной стороны, сферы применения законов страны, а с другой — применения норм права, принадлежащих другим правовым системам. Основой и интерперсонального права, и МЧП являются «правила выбора права», т.е. коллизионные нормы. Эти нормы предписывают применение религиозного или иностранного частного права, но «сами они не являются правилами частного права — они являются правилами о частном праве... Они не устанавливают положений об общественных отношениях, а отвечают на вопросы, какие законы следует использовать, когда и как это должно быть сделано. Нормы «закона о законах» не накладывает обязанностей, не наделяет правами и не могут быть *jus dispositivum*» [Tedeschi G., 1979: 146, 155]. Специфика интерперсонального права и МЧП как «права о праве» предполагает особый путь кодификации их норм. И внутренние, и внешние коллизионные нормы нужно кодифицировать централизованно, сосредоточив их в одном месте, — в вводном законе к акту общей кодификации гражданского права [Tedeschi G., 1979: 154, 156].

МЧП регулирует отношения по выбору права, применимого к рассмотрению дел, связанных с иностранным правопорядком. При этом понятие «иностраный» для целей МЧП исторически означало не только иную территорию, но и иную человеческую общность. Коллизии между различными правовыми укладами известны с глубокой древности, и это не только межтерриториальные, но и межличностные коллизии. Как уже было сказано, во многом МЧП имеет историческое происхождение из правил решения кон-

фликтов между личными законами в Средние века [Vitta E., 1970: 345]. Общее происхождение МЧП и интерперсонального права создает достаточно сильную степень сходства между ними и обуславливает их глубокую внутреннюю связь. Прежде всего это сходство проявляется в наличии собственного особого юридико-технического инструментария — коллизионных норм, не регулирующих правоотношения непосредственно и не устанавливающих прав и обязанностей сторон, а имеющих отсылочный характер, т.е. определяющих подчинение отношения тому или иному правопорядку.

Разумеется, нельзя утверждать, что интерперсональное право входит в структуру МЧП или наоборот. Их объект регулирования и сфера действия не совпадают, а в большей части пересекаются. Основное отличие заключается в наличии или отсутствии иностранного элемента, т.е. связи отношения с иным *суверенным* правопорядком. Интерперсональные конфликты являются «конфликтами законов без конфликта суверенитетов» [Vitta E., 1970: 347]. Одновременно и МЧП, и интерперсональное право имеют не только общее происхождение и сходный инструментарий, но и общую историческую функцию — обеспечить реализацию принципа равноправия всех правовых систем, их мирного сосуществования и признание субъективных прав, законно приобретенных на основании иного правопорядка. Как МЧП, так и интерперсональное право призваны облегчить и узаконить совместную жизнь различных человеческих общностей, разделенных государственными границами, этнической или религиозной принадлежностью.

Для целей МЧП необходимо иметь в виду, что отсылка к иностранному правопорядку включает отсылку и к его интерперсональным коллизионным нормам (если речь идет о праве страны с множественностью правовых систем). В таком случае мы имеем дело с механизмом, аналогичном «отсылке к праву третьего государства», т.е. отсылка коллизионной нормы страны суда («внешней» коллизионной нормы) «попадает» на интерперсональную коллизионную норму (внутреннюю коллизионную норму) компетентного иностранного права, которая, в свою очередь, предписывает применение того или иного «личного права», действующего в пределах этой страны. Подобные проблемы «в полный рост заявляют о себе судам и иным правоприменительным органам при рассмотрении ими спорных или прочих дел с участием иностранцев» [Ануфриева Л.П., 2001: 174].

Для целей МЧП интерперсональные коллизионные нормы целесообразно включать в его структуру, выделяя в ней особое интерперсональное право. По существу, именно в этом направлении идут современные процессы кодификации и унификации МЧП. Например, ст. 34 «Межличностные правовые коллизии» Регламента (ЕС) № 2016/1103 от 24 июня 2016 г. Совета ЕС об имплементации расширенного сотрудничества в сфере юрисдикции,

применимого права, признания и исполнения решений по вопросам режима имущества супругов предусматривает: «В отношении государства, которое имеет две или более системы права или сводов правил, применимых к различным категориям лиц в отношении режимов имущества супругов, любая ссылка на право такого государства должна толковаться как относящаяся к системе права или своду правил, определенных нормами, действующими в государстве. В отсутствие таких норм применяется система права или свод правил, с которыми супруги имеют наиболее тесную связь»<sup>2</sup>. Схожие установления закрепляются и в актах национальных кодификаций МЧП, принятых в западноевропейских странах<sup>3</sup>.

В настоящее время интерперсональные коллизии отличаются особой остротой в странах, где церковь не отделена от государства. Одним из наиболее ярких примеров такой страны является Израиль. Учитывая, что в отечественной доктрине МЧП Израиля практически не освещается, а изучение израильского права интересно и с практической, и с теоретической точек зрения, проанализируем интерперсональные коллизии именно на примере израильского межличностного права.

## 1. Личный статус в израильском праве

В Законе № 5741 «Об интерпретации» (1981) предусматривается, что религиозные законы (писанные или неписанные) всех признанных религиозных общин, а также еврейский (*halakha*) и мусульманский законы (*shari'a*) составляют неотъемлемую часть израильского законодательства [Einhorn T., 2017 (a): 2196]. Одновременно Израиль стремится быть воспринятым как демократическое государство [Karayanni M., 2018: 833], ориентированное на

---

<sup>2</sup> Аналогичные нормы закреплены и в других актах унификации МЧП ЕС: ст. 15 Регламента (ЕС) № 1259/2010 Европейского парламента и совета от 20.12. 2010 о праве, применимом к вопросам о разводе и раздельному проживанию супругов по решению суда, ст. 37 Регламента ЕС № 650/2012 от 4.07. 2012 о юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений и принятии и применении аутентичных документов по вопросам наследования и о создании Европейского сертификата о наследовании, ст. 34 Регламента (ЕС) № 2016/1104 от 24.06.2016 Совета ЕС об имплементации расширенного сотрудничества в сфере юрисдикции, применимого права, признания и исполнения решений по вопросам имущественных последствий зарегистрированных партнерств.

<sup>3</sup> Ст. 17.2 «Плюралистические системы права» Кодекса МЧП Бельгии (2004): «Отсылка к праву государства с двумя или более правовыми системами, которые применимы к различным категориям лиц, является по смыслу параграфа 1, отсылкой к правовой системе, которая определяется действующими нормами этого государства, или, в отсутствие таких правил, — к правовой системе, с которой правоотношение наиболее тесно связано». Такое же решение закрепил голландский законодатель (ст. 15 кн. X ГК Нидерландов (2009)).

либеральные ценности — верховенство права, равенство всех перед законом и защита прав человека и основных свобод, в том числе свободы совести.

В целом правовая система Израиля имеет светский характер, однако в сфере личного статуса физических лиц действуют две правовые системы: религиозная и светская. Закон в вопросах личного статуса — это личный закон, который варьируется в зависимости от личности, не является территориальным и одинаковым для каждого гражданина Израиля. Применимым личным законом является закон конфессии, к которой принадлежит истец, а не его гражданство или местожительство [Cohen Y., 2016/2017: 322]. Очень авторитетный исследователь израильского интерперсонального права П. Шифман высказал интересную мысль: «Одной из целей светской правовой системы (курсив наш. — Авт.) в Израиле является то, что в вопросах личного статуса израильских граждан должны применяться законы религии или общины, к которой гражданин принадлежит, и вопрос о том, кто принадлежит к этой религии или общине, должен быть решен с помощью личного закона» [Shifman P., 1980: 1]. Религиозное право действует в качестве личного статута, определяя, прежде всего, вопросы заключения и расторжения брака, которые исключены из сферы действия светского права. В израильской литературе высказывается мнение, что государственный закон в области личного права подобен полированному зеркалу, которое только отражает, но само по себе ничего не содержит, и является лишь точным отражением религиозного закона [Shifman P., 1980: 3].

Правило о регулировании личного статуса в Израиле нормами религиозного права уходит корнями в османскую правовую традицию. В Османской империи существовала так называемая «система проса», благодаря которой религиозные общины имели различные административные, судебные и прескриптивные полномочия над своими членами [Karayanni M., 2018: 837]. Английская администрация периода Британского мандата унаследовала эту «систему проса», и в ст. 51 Указа Его Величества в Совете о Палестине (1922) (далее — Указ в Совете) было определено, что «иски по личному статусу будут подсудны ... судам религиозных общин... В круг дел по личному статусу будут входить иски по поводу брака или развода, алиментов, опеки, попечительства, узаконения или усыновления несовершеннолетних, запрещения распоряжения имуществом лиц, признанных недееспособными, наследства, завещаний и управления имуществом отсутствующих»<sup>4</sup>. Статьи 52–57 закрепляют правила подсудности раввинским<sup>5</sup>, мусульманским и христиан-

---

<sup>4</sup> The Palestine Order in Council, 1922 — 2003. Available at: URL: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/C7AAE196F41AA055052565F50054E656> (дата обращения% 03.08.2019)

<sup>5</sup> В российской литературе используется различная терминология: раввинские суды [Каневский А.А., 2015: 18 и далее], раввинские и раввинистические суды, суды раввинов [Примаков Д.Я.,

ским судам, в ст. 58–67 определены понятия «иностранец» и «личный закон иностранца» и установлена подсудность споров по вопросам личного статуса иностранных лиц гражданским судам.

В израильской литературе есть точка зрения, что «Указ в Совете явно выраженным образом устанавливает положения, которые можно назвать межрелигиозными коллизионными нормами, в отличие от международных коллизионных норм» [Bentwich N., 1964: 246]. Такая оценка представляется абсолютно точной, хотя эти внутренние коллизионные нормы сформулированы как правила разграничения подсудности и решения конфликта юрисдикций, а не как правила, разрешающие интерперсональные конфликты законов. Здесь нужно учитывать, что Указ в Совете — это постановление английского законодателя, для которого вопросы подсудности являются определяющими и занимают доминирующее положение, и который кодифицирует, прежде всего, процессуальное законодательство.

Указ в Совете был рецепирован в израильское право в 1948 г. и долгое время являлся одним из основополагающих законодательных актов государства. В настоящее время формально он практически полностью отменен<sup>6</sup>, но его положения, касающиеся компетенции религиозных судов и применения религиозного права, прочно вошли в судебную практику и продолжают использоваться при обращении к руководящим прецедентам, они «стали частью израильского закона и остаются в силе сегодня» [Karayanni M., 2018: 838]. Как это ни парадоксально прозвучит, но именно английское право представляет собой очень благоприятную почву для сохранения в юридическом обороте религиозных норм (прежде всего, иудейских и мусульманских) в светских государствах. «Еврейское право... с большой легкостью сочетается с общим правом и правом справедливости, поскольку они основаны на тех же принципах личной свободы и прав человека, которые взяты из еврейской Библии» [Bentwich N., 1964: 255]. В английском праве справедливости истинным законодателем является не человек, а естественный разум, естественная справедливость, природа вещей; люди не создают право, а только открывают и формулируют его. В иудаизме и исламе законодателем является только Бог, люди — всего лишь исполнители Его воли, толкователи Его законов. Глубинное сходство обоих подходов очевидно.

Юридически признанными в Израиле являются четыре религии — иудаизм, ислам, христианство и религия друзов. Одновременно современный Израиль позиционирует себя как «национальное государство еврейского народа», в результате чего иудаизм имеет особый и предпочтительный ста-

---

2015: 102, 158, 160], раввинатские суды [Ульбашев А.Х., 2016: 28 и далее). Термин «раввинские суды» представляется наиболее лаконичным и корректным с точки зрения русского языка.

<sup>6</sup> Некоторые его нормы продолжают действовать [Einhorn T., 2017 (a): 2202].

тус по сравнению со всеми другими конфессиями, что делает его государственной религией [Karayanni M., 2018: 858]. Иудейский закон (галаха) считается личным законом всех евреев. Влияние исламского, канонического и других разновидностей религиозного права несопоставимо с ролью галахи в израильском обществе и национальной правовой системе [Ульбашев А.Х., 2016: 22]. В Законе № 5740 «Об основах права» (1980) установлено, что при пробеле в праве суд должен руководствоваться принципами свободы, справедливости, равенства и мира, заложенными в наследии еврейского народа [Einhorn T., 2017 (a): 2195]. Галаха составляет неотъемлемую часть наследия еврейского народа, поэтому представляется вполне справедливым вывод, что никакого сопоставимого признания не предоставляется никакой другой религиозной общине Израиля [Karayanni M., 2018: 858]<sup>7</sup>. С другой стороны, именно иудаизм является в Израиле основным объектом общественной критики за «религиозное принуждение» и нарушение свободы совести [Shifman P., 1986: 502].

Кроме еврейской религиозной общины, в Израиле существует обширный перечень иных признанных религиозных общин: мусульманская (шариат), восточная (православная), латинская (католическая), армянская григорианская, армянская католическая, сирийская католическая, сирийская православная, халдейская (униатская), греко-католическая мелкитская, греко-католическая маронитская, друзская, епископальная евангелическая и бахайская<sup>8</sup>. Официальное признание этих общин дает им право создавать собственные суды, применяющие их религиозные законы. При этом, в частности, малочисленная греко-католическая мелкитская община не разработала собственных правил по вопросам личного статуса и применяет шариат, за исключением порядка расторжения браков. Некоторые другие христианские общины также очень малочисленны (армянская католическая, сирийская католическая, халдейская униатская и сирийская православная) и не имеют судов, а используют услуги судов других религиозных общин, обладающих близким богословским кругозором [Karayanni M., 2018: 836]. Евангельско-епископская и бахайская общины также не создали собственных религиозных трибуналов и вынуждены передавать споры между своими членами в светские государственные органы [Einhorn T., 2016: 111].

Государство значительно меньше вмешивается в религиозную и правовую автономию нееврейских религиозных общин по сравнению с еврейской

---

<sup>7</sup> В отечественной литературе отмечается, что расширительное толкование понятия «пробел в праве» влечет «открытие шлюзов» для применения еврейского права к отношениям, выходящим далеко за пределы личного статуса [Ульбашев А.Х., 2016: 134].

<sup>8</sup> Как отмечается в литературе, этот перечень включает далеко не все религиозные общины, фактически существующие в Израиле. В него не входят различные протестантские секты, а также караимы, исповедующие особую веру и имеющие свой религиозный суд [Shifman P., 1980: 33–34].

общиной. Это проявляется, в частности, в том, что в практике Верховного суда Израиля прослеживается явная тенденция широко толковать полномочия нееврейских религиозных судов, в отличие от ограничительного толкования полномочий раввинского суда [Shifman P., 1986: 502].

Для израильских граждан, которые не являются членами признанной религиозной общины или не принадлежат ни к какой религиозной общине (т.е. не имеют личного религиозного права), не существует общеприменимого личного закона [Einhorn T., 2017 (a): 2201]. Такое положение вещей производит впечатление прямой дискриминации по религиозному принципу, и формально юридически такая дискриминация действительно существует. Однако в Израиле практически с момента его основания постоянно принимаются законы, затрагивающие вопросы личного статуса и защищающие права лиц, не принадлежащих к религиозным общинам. Эти законодательные акты регулируют определенные аспекты личного статуса на светской и территориальной основе (но не касаются ритуальных законов о браке и разводе)<sup>9</sup>. Споры рассматриваются светскими гражданскими и семейными<sup>10</sup> судами.

## **2. Религиозная принадлежность как связующий фактор при определении личного закона**

Если в суде какого-либо государства рассматривается спор с участием израильянина (гражданина или домицилированного — в зависимости от понимания личного закона в МЧП данного государства), затрагивающий вопросы его личного статуса, то возникает проблема применения права страны с наличием интерперсональных правовых систем. Соответственно (если опять же МЧП страны суда это предписывает), необходимо определить религиозный закон, применимый к личному статусу этого израильянина. Здесь могут возникнуть серьезные проблемы. Как установить личный закон ребенка при различной религиозной принадлежности его родителей? Как быть, если израильянин не принадлежит к признанной религиозной общине, но настаивает на применении своего религиозного права? Что делать, если человек ранее исповедовал одну религию, а потом обратился в другую (либо перешел на позиции агностицизма или атеизма) и теперь категорически возражает против применения к нему его прежнего религиозного права?

<sup>9</sup> Эти законы затрагивают довольно широкий круг вопросов: алиментные обязательства, имущественные отношения между супругами, наследственное право, усыновление (удочерение), установление отцовства (этот вопрос вообще не входит в личный статус), опека и попечительство.

<sup>10</sup> Созданы в 1995 г. [Einhorn T., 2017 (a): 2202].

В Израиле религиозная принадлежность определяет связь между человеком и материальным правом, которое применяется к вопросам его личного статуса, т.е. создает связь между человеком и определенным личным законом. «Религиозное сообщество» или «религиозная принадлежность» — это своеобразная коллизионная привязка внутренней коллизионной нормы, связующий фактор при выборе личного закона [Vitta E., 1970: 337–338]. Следовательно, применение личного закона предопределяет необходимость установления религиозной принадлежности человека. В данном случае в интерперсональном праве, как и в МЧП, имеет место конфликт квалификаций правовых понятий, т.е. необходимо определить, с точки зрения каких критериев и какой правовой системы следует квалифицировать понятия, заложенные в привязке внутренней коллизионной нормы.

Для решения этой проблемы Э. Витта вполне обоснованно предлагает воспользоваться общими подходами и принципами МЧП. Понятия «религиозное сообщество», «религиозная принадлежность» должны квалифицироваться так, как их определяет светский законодатель в общегосударственном законодательстве (а не в соответствии с личным законом, с которым дело связано). Если, например, законодатель заявляет, что вопросы семьи или правопреемства должны решаться в соответствии с законом «сообщества сторон», то он, таким образом, имеет в виду лиц, которые в соответствии с его собственным законом считаются членами различных сообществ [Vitta E., 1970: 338]. Общегосударственное законодательство здесь выступает в качестве *lex fori*.

Однако в светском законодательстве редко указывается, каким образом можно установить принадлежность к религиозной или этнической группе. При упоминании принадлежности к религиозному сообществу следует понимать, что имеются в виду лица, которые являются его членами в соответствии с правилами этого сообщества. В таком случае связующий фактор не может быть квалифицирован на основе государственного закона, который не содержит необходимых правил, и единственной правовой системой, которая может помочь в решении проблемы, является личное право сторон: «Это соответствует правилу, общепринятому в международном частном праве, согласно которому местное гражданство должно устанавливаться в соответствии с *lex fori*, а иностранное гражданство — в соответствии с применимым иностранным законом» [Vitta E., 1970: 338]. Личный религиозный закон здесь выступает как *lex causae* и имеет субсидиарное применение.

В Израиле не принято какого-либо закона, содержащего общие светские указания для определения религиозной принадлежности человека для целей личного статуса<sup>11</sup>. Религиозные суды не имеют прямой юрисдикции в отно-

---

<sup>11</sup> Действующее законодательство о религиозных общинах не дает ответа на вопрос, как определять религиозную принадлежность человека в спорных случаях.

шении вопроса о религиозной принадлежности, но уполномочены принимать решение по этому вопросу, если он является предварительным или побочным, например, для определения способности человека вступить в брак, или для проверки действительности брака, или для проверки компетенции религиозного суда.

Определение личного религиозного закона не является вопросом личного статуса [Shifman P., 1980: 2], соответственно, в спорных случаях принадлежность человека к определенной религиозной общине устанавливается в гражданских и семейных судах. В решениях по ряду дел зафиксировано, что светский суд, применяющий религиозный закон, обязан определять религиозную принадлежность посредством светских соображений, применяя при этом внутрирелигиозные критерии [Shifman P., 1980: 3, 4]. Израильский светский суд, таким образом, устанавливает личный закон по правилам религиозных общин о принадлежности к ним, руководствуясь при этом принципами английского общего права и справедливости. Общим ориентиром для судебной практики является правило, которое было закреплено в ст. 47 Указа в Совете: «Гражданский суд может разрешать этот вопрос [о личном статусе] теми средствами, которые покажутся ему наиболее подходящими, и может запрашивать мнение видного юриста, сведущего в применимом личном законе».

В отсутствие законодательных установлений пути решения некоторых обозначенных проблем разработаны в израильской доктрине и судебной практике. В частности, в спорах об опеке над детьми, родившимися в браке между отцом-мусульманином и матерью-иудейкой (дела *Al Zafadi v. Benjamin* (1963), *Mizrachi v. the Shara'i Court of Nazareth* (1976)), Верховный суд для установления личного закона применил критерий «эффективной религии», т.е. человек подчиняется законам той религии, с которой он наиболее тесно связан на практике. С учетом принципа защиты слабой стороны отношения суд пояснил, что «эффективность ... в случае ребенка означает только его наилучшие интересы: когда в случае ребенка у вас есть выбор между законами двух религий или двумя гражданствами, вы должны выбрать тот закон, который при применении, принесет наибольшую пользу ребенку...» [Shifman P., 1980: 7].

В израильской литературе проводится аналогия между критерием «эффективной религии» и критерием «эффективного гражданства», который повсеместно используется при определении личного закона бипатрида [Shifman P., 1980: 5]. Критерий «эффективной религии», по сути, тождественен принципу наиболее тесной связи в МЧП<sup>12</sup>, и предполагает применение ука-

<sup>12</sup> В актах кодификации МЧП принцип наиболее тесной связи является общим субсидиарным началом при применении права страны с множественностью персональных правовых систем. См., например, ст. 40 «Закон страны, где такой закон отличается согласно личному статусу» Закона Японии об общих правилах применения закона (1898 ред. 2006), ст. 1188 «Применение права страны с множественностью правовых систем» ГК РФ.

занных в законе или выработанных в судебной практике презумпций. Если два или более личных закона вступают в конфликт друг с другом, дело должно быть решено с учетом как фактических обстоятельств, так и правовых элементов коллидирующих личных законов. Необходимо учитывать культурно-национальные связи человека, его повседневные бытовые привычки, язык, которым он пользуется в обиходе, праздники, которые он празднует, его социальную среду и т.д. Решающим может быть соответствующее заявление заинтересованного лица, но такое заявление должно быть тщательно изучено в свете его активного поведения во время, предшествующее иску, чтобы исключить недобросовестность, рассчитанную на необоснованное применение более благоприятного закона [Vitta E., 1970: 339]. При выборе между коллидирующими личными законами критерий «эффективной религии» является вполне разумным.

В связи с проблемой личного закона членов непризнанных религиозных общин в решениях Верховного суда Израиля высказывается мнение, что районные суды при рассмотрении вопросов, касающихся личного статуса, должны применять религиозное право этих общин<sup>13</sup>. Данная практика подтверждается и в деятельности органов исполнительной власти: например, караимские евреи, будучи приверженцами особой веры, вступают в брак по своим религиозным законам, и их браки регистрируются в Реестре населения, а Министерство по делам религий признает караимских священников «регистрирующими органами». Аналогичного ведет себя Министерство по делам религий и по отношению к другим непризнанным религиозным общинам, в частности, к различным протестантским сектам [Shifman P., 1980: 33, 34]. Однако по делам о расторжении браков личные законы непризнанных религиозных общин не применяются, а компетентным является светское законодательство<sup>14</sup>.

Отказ от одной признанной религии и переход в другую в Израиле регулируется законодательно на основе принятого еще в период британского мандата Ордонанса о религиозной общине (обращение) 1927 г. (Religious Community (Change) Ordinance). «Желание человека перейти из одной религии в другую уважается» [Shifman P., 1980: 31], однако положения Ордонанса применяется только к признанным религиозным общинам. Обращение в другую религию должно быть оформлено официально, включая получение справки от главы общины, в которую лицо желает войти. В отсутствие такого оформления смена религии является вопросом факта, который должен

---

<sup>13</sup> *Salfiti v. Ashker* (1944), *Sihu v. Karaite Community Court et al.* (1977), *Mored and others v. Government of Israel* (1980).

<sup>14</sup> Закон № 5729 по делам о прекращении брака (особые случаи и международная юрисдикция) (1969).

быть доказан в суде с применением критерия «эффективной религии» — на основе активного поведения и образа жизни заинтересованного лица. В связи со сменой религии возникают, в основном, только интертемпоральные коллизии, которые решаются по тем же принципам, что и в МЧП [Vitta E., 1970: 339]. По общему правилу, новый личный закон применяется к отношениям, возникшим с момента его принятия; прежний личный закон регулирует отношения до обращения в новую религию.

Наиболее острые проблемы возникают у лиц, отрицающих какую-либо религиозную принадлежность либо не имеющих религии по рождению<sup>15</sup>. В Израиле человек не может оставить одну признанную религию, не приняв другой, так как нет законного механизма, посредством которого желание быть атеистом или агностиком могло бы получить юридическую силу. В соответствии с общим конституционным правом на свободу совести израильтянин может позиционировать себя как атеиста и вести соответствующий образ жизни, но у него нет юридической возможности отказаться от религиозной принадлежности, поскольку израильская правовая система не признает право атеиста лишить самого себя связей со своим личным законом. Приверженность атеизму или агностицизму не является категорией, эквивалентной личному закону.

Более того, в судебной практике встречаются казусы, когда человек, явным образом отрицающий свою религиозную принадлежность, против его воли подлжет юрисдикции религиозного суда, рассмотрение дела в котором автоматически предполагает применение религиозного личного закона. Например, в деле Rogozinsky et al. v. The State of Israel (1972) Верховный суд постановил, что лицо, которое согласно еврейскому законодательству считается евреем, подчиняется исключительной юрисдикции раввинского суда в вопросах брака и развода, хотя сам человек свидетельствует, что не имеет религиозных убеждений и не принадлежит ни к какой религии [Shifman P., 1980: 32].

Юридическая дискриминация по религиозному принципу здесь налицо, и израильская светская общественность проявляет обоснованное недовольство таким положением вещей, пытаясь заставить законодателя легально признать юридический статус «человека без религии». В современном Израиле по подавляющему большинству вопросов личного статуса действует светское законодательство. Фактически вне сферы светского регулирования находятся только заключение и расторжение брака.

<sup>15</sup> Например, некрещеный сын отца-иудея и матери-католички не будет ни иудеем, ни католиком.

### 3. Заключение и расторжение брака

В Израиле центром закона о личном статусе считается семейное право<sup>16</sup>. Со времен Османской империи и британского мандата семейное право всегда рассматривается отдельно от других отраслей израильского законодательства [Lerner P., Rabello A., 2010: 460]. Как отмечается в израильской литературе, семейное право представляет собой «систему, пораженную правовой шизофренией, поскольку в ней две разные юридические системы — система религиозного права (или законов) и система светского права — борются и тянут в противоположных направлениях» [Shifman P., 1990: 537]. С формальной точки зрения, светских браков в Израиле не существует, поскольку законодательство предусматривает религиозное право в качестве единственного обязательного источника брака. Вопросы заключения и расторжения браков находятся в исключительной компетенции религиозных учреждений и регулируются исключительно религиозным правом<sup>17</sup>, применение которого презюмирует соблюдение соответствующих религиозных запретов (запрет браков между лицами, принадлежащими к разным конфессиям, невозможность вступления в брак для лиц без религии и т.п.).

#### 3.1. Заключение брака

В течение всего 70-летнего периода существования государства Израиль судебная практика упорно разрабатывает альтернативы религиозно санкционированным бракам, «прикрываясь» необходимостью принять решение *ad hoc* для защиты личной жизни и идеалов гуманизма. Эти конкретные решения создали в Израиле целую область гражданского права, которая в определенных отношениях даже более развита, чем в странах с признанным светским браком [Cohen Y., 2016/2017: 323–324]. В судебной практике выработаны понятия «частный брак» (Rodnizki v. The Supreme Rabbinical Court (1969)), «гражданский брак» (Anonymus v. The High Rabbinical Court (2006)), «брак по общему праву» (Salem v. Carmi (1991)), «предполагаемые супруги» (Efrat v. Director of Civil Register (1991)).

Определенные шаги по пути узаконения светского брака предпринимает и законодатель. Не так давно был принят специальный Закон № 5770 о гражданском союзе лиц без религиозной принадлежности (2010), в соответ-

<sup>16</sup> В соответствии с еврейско-правовой традицией наследственное право примыкает к семейному праву [Ульбашев А.Х., 2016: 118].

<sup>17</sup> В Законе № 5713 о юрисдикции раввинских судов (брак и развод) (1953) четко сформулировано: «§ 1. Вопросы брака и развода евреев в Израиле, являющихся гражданами или жителями государства, находятся в исключительной юрисдикции раввинских судов. § 2. Брак и развод евреев в Израиле будут осуществляться в соответствии с еврейским религиозным законом».

ствии с которым мужчина и женщина, не связанные с религиозной общиной, могут зарегистрировать свой гражданский союз при выполнении определенных условий. За некоторыми исключениями (статусные вопросы брака и развод), они будут считаться женатыми в соответствии с Законом (§ 13) [Einhorn T., 2017 (a): 2202]. Согласно проекту Гражданского кодекса Израиля, термин «супруг» для целей правопреемства включает в себя «предполагаемых супругов», даже если они состоят в другом браке, при условии, что супруг, состоящий в браке, проживал отдельно от своего законного супруга не менее трех лет, и предполагаемые супруги проживали совместно не менее трех лет [Einhorn T., 2007: 701].

«Предполагаемое супружество»<sup>18</sup>, по существу, является суррогатом светского брака. В легализации данного института заинтересованы, прежде всего, те израильтяне, которые: а) не могут вступить в брак из-за наличия каких-либо религиозных препятствий; б) не хотят вступать в религиозный брак по атеистическим или агностическим убеждениям. В решениях Верховного суда Израиля отмечается, что отношения предполагаемого супружества стали настолько распространенными, что было бы несправедливо относиться к предполагаемым супругам иначе, чем к женатым парам.

Социально-экономические аспекты семейных отношений предполагаемых супругов, их права и обязанности в отношении детей, законнорожденность общих детей<sup>19</sup> регулируются светским законодательством и прецедентным правом. Фактически предполагаемые супруги уравниваются в правах с лицами, состоящими в религиозных браках. Кроме того, в области личных неимущественных прав, в частности, права на имя, в 1996 г. в Закон № 5716 об именах (1956) были внесены поправки, в соответствии с которыми предполагаемый супруг имеет право (аналогично законно вступившим в брак парам) изменить свою фамилию на фамилию другого супруга, даже несмотря на возражения лица, состоящего в законном браке с последним<sup>20</sup>. Одновременно Верховный суд последовательно подчеркивает, что в отличие от религиозного брака предполагаемые супруги не имеют статуса законных супругов<sup>21</sup>.

Еще один способ, при помощи которого в Израиле можно легализовать светский брак, — это Реестр населения. Лица, не имеющие возможности или не желающие вступать в брак в соответствии с религиозным законом,

<sup>18</sup> Фактическое совместное сожительство с ведением общего хозяйства.

<sup>19</sup> Понятие «незаконнорожденный» в израильской правовой системе отсутствует.

<sup>20</sup> *Nizri v. Director of Civil Register* (1994). В данном кейсе дело о разводе все еще продолжалось, и законная жена возражала против того, чтобы предполагаемая супруга изменила свою фамилию на фамилию мужа.

<sup>21</sup> Дела *State of Israel v. Fessler* (1961), *Steinitz v. Eged Members Pension Fund Ltd.*, Civil Appeal (1978), *Lindorn v. Karnit Fund for Traffic Accident Victims* (1997).

могут вступить в брак за границей, а по возвращении в Израиль зарегистрироваться в Реестре как состоящие в браке<sup>22</sup>. По мнению Верховного суда, когда секретарю Реестра предъявляются доказательства *prima facie* (в частности, свидетельство о браке с Кипра), он должен произвести регистрацию; в противном случае он будет вмешиваться в область, выходящую за пределы его административных полномочий. Гражданин, который предстает перед административным органом, должен говорить правдиво. Секретарь Реестра не имеет полномочий или инструментов для проверки истинности заявления гражданина, поэтому он должен зарегистрировать то, что гражданин просит его зарегистрировать. Секретарь Реестра не уполномочен определять действительность брака. Клерк может отказать в регистрации, только если есть «явная неточность», например, иностранный публичный документ, указывающий, что взрослому человеку пять лет [Cohen Y., 2016/2017: 326]. Одновременно в деле Ben Ari v. Director of the Population Administration (2006)<sup>23</sup> Верховный суд подчеркнул, что вопрос о регистрации является не вопросом статуса, а всего лишь административным вопросом.

Обобщая израильскую судебную практику, можно выделить следующие основные направления признания светских брачных союзов.

А) Признание гражданских браков, заключенных в иностранных государствах между иностранцами и израильянами. Руководящим прецедентом здесь является дело Funk-Schlesinger v. Minister of the Interior (1963).

Б) Признание гражданских браков, заключенных в иностранных государствах между гражданами (или резидентами) Израиля. Здесь следует выделить две разные ситуации: супруги вступили в гражданский брак до своей иммиграции в Израиль; «брачный туризм» — израильяне специально выехали для проведения брачной церемонии в другую страну с целью обойти требование религиозного брака (или заключили иностранный брак заочно).

В первом случае решающим является прецедент по делу Skornik v. Skornik (1951). В этом деле супруги, будучи гражданами Польши, заключили там гражданский брак, а потом иммигрировали и стали гражданами Израиля. Районный суд постановил, что в соответствии с еврейским религиозным законодательством этих лиц нельзя считать состоящими в браке. Однако их нужно признать женатыми, поскольку в соответствии с принципами ан-

---

<sup>22</sup> Ст. 3 Закона № 5725 о регистрации населения (1965) предусматривает, что «Регистрация ... будет *prima facie* доказательством правильности регистрации, за исключением сведений о гражданстве, религии, семейном положении и имени супруга».

<sup>23</sup> В этом деле рассматривались пять петиций пяти однополых пар. Все лица были гражданами Израиля, вступили в браки на гражданских церемониях бракосочетания в Канаде и впоследствии обратились с просьбой о регистрации в качестве супружеских пар в Реестре населения. Их просьба была отклонена. Однако Верховный суд постановил, что секретарь Реестра должен регистрировать браки однополых пар, совершенные в другой стране.

глийского МЧП применимым является польское право как закон места их проживания на момент заключения брака. Верховный суд согласился с этим мнением и обосновал его английской доктриной приобретенных прав: «Вопрос о действительности статуса, который лицо приобрело, определяется законом, применимым к лицу в тот момент, когда оно приобрело этот статус, и оно не теряет его при изменении места жительства или гражданства». Верховный суд также заявил: «Существует конфликт между светским гражданским правом, действие которого ограничено национальными границами, и поэтому оно признает и применяет другой закон в отношении статуса человека до его проживания в стране, и религиозным законом, который не знает границ и ограничений и применяются к человеку от его рождения до его смерти без какого-либо отношения к месту или времени, когда произошло событие». Суд постановил, что в этом конфликте законов личный закон в Израиле будет подчиняться нормам МЧП, и статус сторон процесса будет определяться как женатых людей. Если закон, применимый к супругам на момент вступления в брак, признает законность брака, гражданское право Израиля также признает его [Cohen Y., 2016/2017: 327–328].

Что касается «брачного туризма», то в отношении признания таких браков в израильской доктрине и судебной практике сложились три основных подхода.

Консервативный подход, утверждающий безусловное применение личного права. Действительность брака жителей и граждан Израиля определяется путем применения личных законов пары во время вступления в брак, даже если брак включает в себя иностранный элемент. Если религиозный закон не признает брак, то он является полностью недействительным в соответствии с израильским законодательством<sup>24</sup>.

Либеральный (американский) подход. Вопросы как правоспособности сторон, так и формы брака рассматриваются в зависимости от места проведения брачной церемонии. Таким образом, браки израильтян, заключенные за границей, действительны в Израиле, поскольку они действительны там, где была проведена церемония.

Английский подход. При рассмотрении действительности брака, включающего иностранный элемент, следует обратиться к английским нормам МЧП. Действительность формы брака (формальная юридическая сила) определяется правом места заключения брака (*lex loci celebrationis*). Брачная правоспособность сторон (существенные условия брака) определяется законом места жительства на момент вступления в брак (*lex domicilii*) или законом места, где стороны намереваются проживать совместно.

<sup>24</sup> Особое мнение судьи Зильберга по делу Funk-Schlesinger.

Доминирующим в настоящее время является английский подход, утвержденный Верховным судом в деле *Anonymus v. The High Rabbinical Court* (2006). В анонимном случае израильтяне вступили в брак на гражданской церемонии на Кипре, и по возвращении в Израиль были зарегистрированы в Реестре населения как состоящие в браке. Позднее муж подал на развод в религиозный суд. Мужчина настаивал на получении официального развода, потому что был женат с гражданской точки зрения, и если бы он женился на другой женщине, то нарушил бы уголовный закон против двоеженства. Раввинский суд постановил, что регистрация не является доказательством действительности брака, и аннулировал гражданский брак. Жена обратилась в Высокий раввинский суд, утверждая, что религиозный суд не имеет полномочий аннулировать гражданский брак, заключенный в другой стране.

Высший раввинский суд создал прецедент, согласно которому «с точки зрения гражданского права стороны вступили в гражданский брак и считаются супружеской парой во всем мире, в том числе в Израиле». Раввинский суд не может отменить брак, поскольку согласно израильскому законодательству он должен быть признан действительным. Однако раввинский суд не предоставил браку тот же статус, что и браку, заключенному в соответствии с религиозным законом, и подчеркнул, что не рассматривает супругов как полностью супружескую пару в соответствии с еврейским законодательством, а рассматривает их брак как «брак народов мира». Раввинский суд постановил, что признание брака означает частичное признание, распространяющееся только на «внешний аспект» брака, который касается запрета брака с третьей стороной, пока брак не расторгнут. Однако признание не распространяется на «внутренний аспект» брака, касающийся взаимных обязательств между супругами. Таким образом, брак не создает обязательств по содержанию и разделу имущества между супругами. Жена обратилась в Верховный суд Израиля.

Верховный суд частично принял решение Высшего раввинского суда и заявил: «Признание действительности брака можно вывести из норм международного частного права, которые являются неотъемлемой частью израильского права и были приняты из английского права. Соответственно, когда брак включает в себя иностранный элемент, он должен быть принят во внимание. Международное частное право заменяет любое муниципальное право, которое является чисто внутренним. Законность брака, заключенного еврейской парой за пределами Израиля, даже если оба супруга были резидентами и гражданами Израиля, будет определена с учетом израильских норм коллизионного права. Соответственно, брак действителен по форме (иностранное право) и по существу (иудейское право), и, следовательно, действует в Израиле». Верховный суд при этом постановил, что исключительная юрисдикция в отношении содержания и раздела имущества при-

надлежит гражданским судам, а не их религиозным коллегам. Применимым является гражданское, а не еврейское религиозное право. Это отличается от действительного, истинного бракоразводного процесса, в котором раввинский суд обладает исключительной юрисдикцией. Расторжение происходит через решение о разводе по гражданскому праву без получения *гет* [Cohen Y., 2016/2017: 330–331].

Таким образом, с точки зрения формы законность гражданского брака между израильтянами, имеющими брачную правоспособность по их личному закону, определяется законом места заключения брака. Если гражданская свадебная церемония является действительной формой брака, такой брак будет признан в соответствии с израильским законодательством. Однако если у пары нет брачной правоспособности по израильским законам, такой брак не признается действительным с точки зрения личного закона израильтян. При этом супруги будут зарегистрированы как состоящие в браке в Реестре населения в соответствии с прецедентом Funk-Schlesinger. Этот прецедент распространяется также на заключение брака по доверенности (в Мексике и Парагвае), при том, что супруги находились в Израиле, а свидетельство о браке получили по почте (дело Farkash v. Farkash (1977)) [Einhorn T., 2007: 707].

В деле *Haklai v. Minister of the Interior* (1963) Верховный суд постановил, что лица, которым запрещено вступать в брак в Израиле в связи с предписаниями их личных законов, заслуживают судебной защиты, и выразил недвусмысленно негативное отношение к религиозным запретам, которые он считает нарушением свободы совести. Все сказанное позволяет согласиться с точкой зрения, высказанной П. Шифманом, что в Израиле идет процесс, в ходе которого «светский законодатель посредством законодательства, а гражданские судьи — в порядке толкования выкачивают многие вопросы из рамок личного права и устанавливают на их место светское регулирование» [Shifman P., 1990: 538].

### **3.2. Расторжение брака**

Основная область личного статуса, в которой религиозный суд и религиозный закон играют наиболее активную роль, — это процесс развода, «местоположение Ахиллесовой пяты семейного права в Израиле» [Shifman P., 1990: 540]. С одной стороны, есть Закон 1969 г. № 5729 по делам о прекращении брака (особые случаи и международная юрисдикция; далее — Закон о прекращении брака), регулирующий гражданское расторжение брака между лицами, принадлежащими к разным религиозным общинам, и между лицами, не подпадающим под действие какого-либо признанного религиозного закона. Законодатель предоставил супругам, которые не смогли вступить в

брак в Израиле на официальной гражданской церемонии, возможность на территории Израйля получить гражданский развод. Расторжение браков, заключенных за рубежом, подпадает под действие норм этого Закона. Судебная практика также признает расторжение брака, совершенное за границей.

С другой стороны, любые иностранные решения, затрагивающие вопросы личного статуса, должны пройти процедуру признания в Израиле. Иностранное решение о разводе является примером «разделенного статуса», поскольку оно не имеет обязательной силы и доказательственной ценности до утверждения компетентным израильским судом [Carmon H., 2013: 14]. В деле *Plonit v. The Tel-Aviv District Rabbinical Court* (2006) Верховный суд указал, что законодатель гарантирует сторонам возможность признания иностранного решения по вопросам развода, если оно не противоречит ценностям еврейской семейной жизни. В 2005 г. Закон № 5713 о юрисдикции раввинских судов (брак и развод) 1953 г. был дополнен ст. 4а(с), в соответствии с которой раввинский суд компетентен рассматривать иск о религиозном разводе еврейских супругов, заключивших религиозный брак, но получивших развод за границей на основании иностранного права.

Религиозное право не признает гражданских разводов, поэтому при расторжении брака за рубежом часто возникает необходимость обратиться в религиозный суд для получения религиозного развода. Например, в деле *Reis v. Rabbinical Court* (1973) израильтянин, вступивший в брак с иностранкой за пределами Израйля, получил за границей гражданский развод, но по иудейскому закону на него продолжал распространяться религиозный запрет двоеженства, что не позволяло ему вступить в повторный брак. Раввинский суд был готов дать ему развод, но в данном случае юрисдикция этого суда была возможна только при согласии жены, поскольку она не являлась гражданкой Израйля. Жена выступила против юрисдикции раввинского суда и получила постановление Верховного суда Израйля, запрещающего рассматривать спор в раввинском суде. Верховный суд, стремясь предотвратить превышение полномочий со стороны раввинского суда, не принял во внимание утверждение адвоката мужа: «В этом случае мужу наносят ущерб. Жена после развода с ответчиком согласно законам страны ее проживания может вступать в брак в любое время, в то время как муж, проживающий в Израиле и подпадающий под действие его особых законов о браке, не может вступать в брак, кроме как по разрешению раввинского суда» [Shifman P., 1986: 510].

У женщин возникают не меньшие проблемы. По еврейскому закону жена «освящена» перед своим мужем, и без религиозного развода она является агуней, т.е. «заякоренной», «прикованной» к своему мужу. Несмотря на наличие гражданского развода, предполагаемый второй брак будет

иметь серьезные негативные последствия. Агуна навсегда запрещена обоим мужчинам. Потомок отношений между замужней еврейкой и мужчиной, не являющимся ее мужем, считается ублюдком, мамзером, который не может вступить в брак с евреем, если только предполагаемый супруг сам не является мамзером или прозелитом. Наказание относится ко всем потомкам до десятого поколения. Проблема «мамзера» тем более поразительна, что в еврейском законодательстве нет различия между детьми, рожденными в браке и вне брака, и ни один ребенок не является «незаконнорожденным» независимо от обстоятельств его рождения [Einhorn T., 2000: 138].

С точки зрения интересов детей, которые могут быть рождены в таких повторных браках, их родителям необходимо оформить религиозный развод из предыдущего брака. Еврейский развод осуществляется посредством *get* (*get*) (разводное письмо, двенадцать строк от руки, записанных в фиксированной форме, предписанной еврейским законом), который всегда исходит только от мужа и должен быть вручен жене. Женщина не может отказаться принять *get*, а мужчина вправе отказаться его дать. Упоминания о Боге *get* не содержит, и его оформление не требует религиозных убеждений.

Гражданские суды не могут вынести решение обязать мужа выполнить его обязательство дать *get*, поскольку *get*, данный под давлением или по принуждению, считается недействительным. Раввинский суд вправе воздействовать на мужа «косвенными» способами, которые не считаются прямым принуждением. В еврейском праве выработана фикция, что муж хочет следовать решению раввинского суда, но ему препятствуют «злая склонность». Суд применяет принуждение не для того, чтобы преодолеть свободную волю мужа, а потому, что заведомо злые намерения нельзя считать препятствием к вразумлению. «Вразумление» включает в себя штрафы, тюремное заключение и телесные наказания [Einhorn T., 2000: 151]<sup>25</sup>. В частности, по еврейскому закону упорствующего мужа можно пороть до тех пор, пока он не скажет «Я хочу дать «гет»». Если муж отказывается, то его можно пороть до смерти<sup>26</sup>. Кроме этого, раввинский суд может вынести решение о тюремном заключении на срок, пока упорствующий муж не согласится дать *get*. Приговор приводится в действие в порядке государственного исполнительного производства. При этом известен случай, когда муж скончался в тюрьме, отсидев там более 30 лет, но так и не согласился дать *get* жене [Einhorn T., 2000: 152]<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> См. также: Available at: URL: [http://jhistory.nfurman.com/teacher/14\\_324.htm](http://jhistory.nfurman.com/teacher/14_324.htm) (дата обращения: 03.08.2019)

<sup>26</sup> В современной израильской юридической литературе такие случаи не упоминаются.

<sup>27</sup> См. также: Available at: URL: <https://texts.news/raznyih-narodov-religii/razvod-sredi-evreev-58752.html> (дата обращения: 03.08.2019)

Закон № 5755 о раввинских судах (соблюдение решений о разводе) (временные положения) (1995) уполномочивает раввинский суд налагать санкции на мужей, которые отказываются разводиться со своими женами, несмотря на раввинское решение, предписывающее им сделать это. К таким санкциям относятся запрет на зарубежные поездки, приостановление действия водительских прав, запрет заниматься определенными профессиями, отказ в праве открыть банковский счет. Однако подобные меры воздействия не всегда помогают, и практике известно много случаев, когда мужья отказываются давать *гет*, руководствуясь при этом не только религиозными, но и корыстными или мстительными мотивами.

Любые комментарии здесь излишни. Можно только согласиться с Э. Витта, что «большинство этих трудностей исчезло бы, если бы Израиль принял гражданское законодательство в отношении браков, разводов и других актов в области личного статуса» [Vitta E., 1977: 150].

## **Заключение**

Анализ интерперсональных коллизий на примере израильского межличностного права показывает, что общее происхождение МЧП и интерперсонального права создает сильную степень сходства между ними и обуславливает их внутреннюю связь. Для разрешения конфликтов личных законов в судебной практике этой страны активно используются общие подходы, принципы и инструментарий МЧП. Установление содержания применимого личного закона и квалификация правовых понятий производятся на основе теории разрешения конфликта квалификаций, разработанной в МЧП; одним из основных связующих факторов, обуславливающих компетенцию религиозных судов и применение религиозного права, является автономия воли сторон.

В отечественной литературе в качестве общей методологии разрешения коллизий между религиозным и светским правом предлагается использовать концепцию, известную доктрине международного права как «компромисс Дж. Фицмориса». В соответствии с этой концепцией различные правовые системы обладают взаимной автономией и взаимным приоритетом. Применяя данную логику к проблеме соотношения религиозного и светского права, можно заключить, что они взаимно автономны и независимы. При коллизиях и «пересечении» сфер действия светские суды вправе применять религиозное право (или ограничивать его действие) в строгом соответствии с действующим законодательством. При конкуренции религиозных и светских норм светский суд должен быть лишен возможности основывать свое решение на религиозных нормах (если, конечно, отсутствует соответствующая санкция публичной власти). Религиозные нормы могут учитываться в

качестве вспомогательного нормативного инструментария для восполнения пробелов в светском законодательстве [Ульбашев А.Х., 2016: 124–125].

Исследование проблем израильского интерперсонального права позволяет утверждать, что в определенной степени современное законодательное регулирование эволюционирует в сторону «компромисса Фицмориса». По большинству вопросов личного статуса принято светское законодательство; компетенция религиозных судов и применение религиозного права ограничены согласием сторон. Однако вне сферы светского регулирования остаются основные вопросы личного статуса — заключение и расторжение брака. Отсутствие гражданского брака и ограничение гражданских разводов заставляют искать пути обхода религиозных законов; отсутствие эквивалентного личного закона у «человека без религии» дискриминирует по религиозному принципу. Уместно процитировать мнение, высказанное в израильской доктрине: «Обременение людей религиозной юрисдикцией, ограничение индивидуальной способности вступать в брак по религиозным признакам, укрепление неравенства между мужчинами и женщинами, поддержание различий между гражданами... сохраняемые и поддерживаемые существующей юрисдикционной властью различных религиозных общин в вопросах брака и развода, нарушают демократические и либеральные ценности» [Karayanni M., 2018: 867].

В настоящее время в Израиле идет процесс кодификации гражданского законодательства, и в проект ГК, предложенный Кнессету в 2011 г., включены отдельные вопросы, касающиеся личного статуса, — §5 о правоспособности лиц и §6, содержащий, в частности, определения терминов «совершеннолетний» (лицо старше 18 лет), «недееспособный», «подопечный» (путем отсылки к Закону о правоспособности и опеке 1962 г.) [Einhorn T., 2016: 95, 108]. Проект ГК закрепляет приоритет прав человека, автономию человеческой личности и воли [Ульбашев А.Х., 2016: 98]<sup>28</sup>. Несмотря на то, что в проекте нет норм, регулирующих заключение и расторжение брака, все же можно надеяться, что вступление в силу светского ГК сузит сферу возникновения интерперсональных коллизий по вопросам личного статуса.



### Библиография

Ануфриева Л.П. Международное частное право: Том 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. М.: БЕК, 2001. 768 с.

Вольф М. Международное частное право. М.: Инostr. лит., 1948. 701 с.

<sup>28</sup> Однако из первоначального проекта ГК 2004 г. «был исключен раздел 2, посвященный правам человека. Такой подход законодателя рассматривался бы в качестве прямого вторжения в сферу религиозного права и компетенцию религиозных судов» [Ульбашев А.Х., 2016: 118].

- Каневский А.А. Место галахи (иудейского права) в национальных системах правового регулирования: дис... к.ю.н. М., 2015. 184 с.
- Богуславский М.М. (отв. ред.) Международное частное право: современные проблемы. М.: ТЕИС, 1994. 507 с.
- Примаков Д.Я. История еврейского и израильского права. М: Инфотропик Медиа, 2015. 212 с.
- Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. 526 с.
- Ульбашев А.Х. Проблемы кодификации гражданского права в государстве Израиль: дис... к.ю.н. М., 2016. 219 с.
- Bartholomew G. (1952) Private Interpersonal Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, no 3, pp. 325–344.
- Bentwich N. (1964) The Legal System of Israel. *The International and Comparative Law Quarterly*, no 1, pp. 236–255.
- Carmon H. (2013) *Foreign Judgments in Israel: Recognition and Enforcement*. Berlin – Heidelberg: Springer, 240 p.
- Cohen Y. (2016/2017) Recognition or Non-Recognition of Foreign Civil Marriages in Israel. *Yearbook of Private International Law*, vol. 18, pp. 321–340.
- Einhorn T. (2007) Family Unions in Israel — The Tensions between Religious Law and Secular Law and the Quest for Coherent Law / Rett og tolerance — *Festskrift til Helge Johan Thue*. T. Frantzen et al. (eds.). Oslo: Gyldendal Akademisk, pp. 697–715.
- Einhorn T. (2017) (a) Israel / *Encyclopedia of private International Law*. Vol. 3. Ed. by J. Basedow. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 2193–2207.
- Einhorn T. (2017) (b) Israel: Proof of and Information about Foreign Law in Israel / *Treatment of Foreign Law: Dynamics towards Convergence?* / ed. by Yuko Nishitani. Berlin: Springer, pp. 563–582.
- Einhorn T. (2000) Jewish Divorce in the International Arena / *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siehr*. J. Basedow et al., eds. The Hague: Asser Press, pp. 135–153.
- Einhorn T. (2016) The Common Law Foundations of the Israeli Draft Civil Code: A Critical Review of a Paradigm-Shifting Endeavor. *Rabels Zeitschrift*, no 80, pp. 93–129.
- Englard I. (1968) The Problem of Jewish Law in a Jewish State. *Israel Law Review*, vol. 3, pp. 254–278.
- Esteban de la Rosa G. (2015) Cultural Diversity and European Private International Law. *Journal of Civil & Legal Sciences*, no 1, pp. 1–6.
- Friedmann D. (1975) Independent Development of Israeli Law. *Israel Law Review*, vol. 10, pp. 515–568.
- Gottschalk R. (1954) Personal Status and Religious Law in Israel. *The International and Comparative Law Quarterly*, no 4, pp. 673–677.
- Karayanni M. (2018) Multiculturalism as Covering: On the Accommodation of Minority Religions in Israel. *American Journal of Comparative Law*, vol. 66, pp. 831–875.
- Lerner P., Rabello A. (2010) A civil code for a mixed jurisdiction: some remarks about the Israeli approach to codification / *Legal Culture and Legal Transplants / Reports to XVIII International Congress of Comparative Law*. Jorge A. Sánchez Cordero (ed.). Washington: D.C., p. 456–482.

- Meislin B.J. (1972) Jewish Law in American Tribunals. *Israel Law Review*, vol. 7, pp. 349–360.
- Möller L. (2014) No Fear of alĀQ: A Reconsideration of Muslim Divorce Laws in Light of the Rome iii Regulation. *Journal of Private International Law*, no 3, pp. 461–487.
- Schmitthoff C. (1948) *English Conflict of Laws*. London: Pitman, 462 p.
- Shifman P. (1990) Family Law in Israel: The Struggle between Religious and Secular Law. *Israel Law Review*, vol. 24, pp. 537–552.
- Shifman P. (1980) Religious Affiliation in Israel Interreligious Law. *Israel Law Review*, vol. 15, pp. 1–48.
- Shifman P. (1986) State Recognition of Religious Marriage: Symbols and Content. *Israel Law Review*, vol. 21, pp. 501–528.
- Tedeschi G. (1979) The Law of Laws. *Israel Law Review*, vol. 14, pp. 145–163.
- Vitta E. (1977) Codification of Private International Law in Israel. *Israel Law Review*, vol. 12, pp. 129–154.
- Vitta E. (1970) The Conflict of Personal Laws. *Israel Law Review*, 1970, vol. 5, pp. 170–202, 337–351.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 3**

### **Interpersonal Collisions in Israeli International Private Law**



**Natalia Yu. Erpylyova**

Professor, Department of International Public and Private Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail:



**Irina Getman-Pavlova**

Associate Professor, Department of International Public and Private Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Street, Moscow 101000, Russia. E-mail:



#### **Abstract**

The aim of the study is to analyze interpersonal conflicts (interpersonal law) in private international law (hereinafter — PIL) of Israel. Interpersonal law is a set of legal rules governing the position of different personal systems operating simultaneously in the same country. Israel is a country with a plurality of personal legal systems applicable to certain groups of persons depending on their religious affiliation. In Israel, religion is not separated from the state, so interpersonal conflicts there are particularly acute. Comparative legal, comparative historical, formal and logical methods, methods of comparative analysis and comparative law were used as the methodology of the study. The object of regulation and the scope of interpersonal law and PIL largely overlap. PIL and interpersonal law have a common historical function — to ensure the implementation of the principle of equality of all legal systems and the recognition of subjective rights legally acquired on the basis of a different legal order. Both PIL and interpersonal law are designed to facilitate and legitimize the joint life of different human communities separated by state borders, ethnic or religious affiliation. Analysis of interpersonal conflicts on the example of Israeli

interpersonal law shows that the common origin of PIL and interpersonal law creates a strong degree of similarity between them and causes their internal relationship. For the resolution of personal conflicts of laws in the judicial practice of Israel general approaches, principles and instruments of PIL are widely used. Determination of the content of the applicable personal law and qualification of legal concepts are made on the basis of the theory of resolution of conflict qualifications developed in the PIL; one of the main connecting factors that determine the competence of religious courts and the application of religious law is the autonomy of the will of the parties. On most personal status issues, secular legislation has been adopted in Israel, but the main issues of personal status — marriage and divorce — remain outside the sphere of secular regulation. The absence of civil marriage and the restriction of civil divorce force people to seek ways to circumvent religious laws; the absence of an equivalent personal law for a “person without religion” discriminates people on a religious basis. It can be predicted that the forthcoming entry into force of the secular civil code will narrow the scope of interpersonal conflicts on personal status issues.



### Keywords

international private law, multiple legal system, interpersonal law, conflict of laws rules, Israel, personal status, religious affiliation, jurisdiction.

**Acknowledgements:** the study is fulfilled with support of system KonsultantPlus.

**For citation:** Erpylyova N. Yu., Getman-Pavlova I.V. (2019) Interpersonal Collisions in Israeli International Private Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 220–249 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.3.220.249



### References

Anufrieva L.P. (2001) *International private law. Transborder bankruptcy. International commercial arbitration. International civil process*. Moscow: BEK, 768 p. (in Russian)

Boguslavskiy M.M. (ed.) (1994) *International private law: modern issues*. Moscow: TEIS, 507 p. (in Russian)

Bartholomew G. (1952) Private Interpersonal Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, no 3, pp. 325–344.

Bentwich N. (1964) The Legal System of Israel. *The International and Comparative Law Quarterly*, no 1, pp. 236–255.

Carmon H. (2013) *Foreign Judgments in Israel: Recognition and Enforcement*. Berlin – Heidelberg: Springer, 240 p.

Cohen Y. (2016/2017) Recognition or Non-Recognition of Foreign Civil Marriages in Israel. *Yearbook of Private International Law*, vol. 18, pp. 321–340.

Einhorn T. (2007) Family Unions in Israel — The Tensions between Religious Law and Secular Law and the Quest for Coherent Law. *Rett og tolerance — Festschrift til Helge Johan Thue*. T. Frantzen et al. (eds.). Oslo: Gyldendal Akademisk, pp. 697–715.

Einhorn T. (2017) (a) Israel. *Encyclopedia of Private International Law*. Vol. 3. Ed. by Basedow Ju. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 2193–2207.

Einhorn T. (2017) (b) Israel: Proof of and Information about Foreign Law in Israel. In: *Treatment of Foreign Law: Dynamics towards Convergence?* Berlin: Springer, pp. 563–582.

- Einhorn T. (2000) Jewish Divorce in the International Arena. In: *Private Law in the International Arena*. Siehr K. et al. (eds.). The Hague: Asser Press, pp. 135–153.
- Einhorn T. (2016) The Common Law Foundations of the Israeli Draft Civil Code: A Critical Review of a Paradigm-Shifting Endeavor. *Rabels Zeitschrift*, no 80, pp. 93–129.
- England I. (1968) The Problem of Jewish Law in a Jewish State. *Israel Law Review*, vol. 3, pp. 254–278.
- Esteban de la Rosa G. (2015) Cultural Diversity and European Private International Law. *Journal of Civil & Legal Sciences*, no 1, pp. 1–6.
- Friedmann D. (1975) Independent Development of Israeli Law. *Israel Law Review*, vol. 10, pp. 515–568.
- Gottschalk R. (1954) Personal Status and Religious Law in Israel. *The International and Comparative Law Quarterly*, no 4, pp. 673–677.
- Kanevskiy A.A. (2015) Halakha (Judaic Law) in the national systems of legal regulation. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 184 p. (in Russian)
- Karayanni M. (2018) Multiculturalism as Covering: on the Accommodation of Minority Religions in Israel. *American Journal of Comparative Law*, vol. 66, pp. 831–875.
- Lerner P., Rabello A. (2010) A civil code for a mixed jurisdiction: some remarks about the Israeli approach to codification. *Legal Culture and Legal Transplants. Reports to XVIII International Congress of Comparative Law*. Washington: University Press, pp. 456–482.
- Meislin B. (1972) Jewish Law in American Tribunals. *Israel Law Review*, vol. 7, pp. 349–360.
- Möller L.-M. (2014) No Fear of alĀQ: A Reconsideration of Muslim Divorce Laws in Light of the Rome III Regulation. *Journal of Private International Law*, no 3, pp. 461–487.
- Primakov D.Ya. (2015) *History of Jewish and Israeli law*. Moscow: Infotropic Media, 212 p. (in Russian)
- Schmitthoff C. (1948) *English Conflict of Laws*. London: Pitman, 462 p.
- Shifman P. (1990) Family Law in Israel: The Struggle between Religious and Secular Law. *Israel Law Review*, vol. 24, pp. 537–552.
- Shifman P. (1980) Religious Affiliation in Israel Interreligious Law. *Israel Law Review*, vol. 15, pp. 1–48.
- Shifman P. (1986) State Recognition of Religious Marriage: Symbols and Content. *Israel Law Review*, vol. 21, pp. 501–528.
- Tedeschi G. (1979) The Law of Laws. *Israel Law Review*, vol. 14, pp. 145–163.
- Tolstykh V.L. (2004) *International private law: conflict of law regulation*. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr press, 526 p. (in Russian)
- Ulbashv A.K. (2016) Issues of codifying civil law in the state of Israel. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 219 p. (in Russian)
- Vitta E. (1977) Codification of Private International Law in Israel. *Israel Law Review*, vol. 12, pp. 129–154.
- Vitta E. (1970) The Conflict of Personal Laws. *Israel Law Review*, 1970, vol. 5, pp. 170–202; 337–351.
- Wolf M. (1948) *International private law*. Moscow: Inostrannaya literatura, 701 p. (in Russian)

# **Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»**

**XXI Апрельская международная научная конференция  
по проблемам развития экономики и общества  
6–10 апреля 2020 г., г. Москва**

6–10 апреля 2020 г. в Москве состоится XXI Апрельская международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества, проводимая Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» при поддержке Всемирного Банка. Председатель Программного комитета конференции – научный руководитель НИУ ВШЭ профессор Е.Г. Ясин.

Конференция посвящена широкому кругу актуальных проблем экономического и социального развития страны. Основную часть выступлений на АМНК составляют научные доклады российских и зарубежных ученых. Важной частью программы конференции являются специальные мероприятия, которые проводятся в формате пленарных заседаний и круглых столов с участием членов Правительства Российской Федерации, государственных деятелей, представителей бизнеса, российских и зарубежных экспертов.

Апрельская международная научная конференция в очередной раз открывает свои двери для академического и экспертного сообщества!

Подробнее об истории АМНК: <https://conf.hse.ru/2019/>

## **ТРЕБОВАНИЯ К ЗАЯВКАМ НА УЧАСТИЕ В КОНФЕРЕНЦИИ И ПОРЯДОК ПОДАЧИ ЗАЯВОК:**

Доклад, заявляемый на конференцию, должен содержать результаты оригинального научного исследования, выполненного с использованием современной исследовательской методологии. Программа секций и круглых столов формируется с учетом принятых заявок.

**РАБОЧИЕ ЯЗЫКИ:** русский и английский.

**ВРЕМЯ ВЫСТУПЛЕНИЙ:**

- Продолжительность презентации доклада на сессии — 15–20 минут;
- Выступления в рамках круглых столов ограничиваются — 5–7 минутами.

**СРОКИ ПОДАЧИ ЗАЯВОК:**

Заявки на выступление в качестве докладчиков на сессиях следует подавать online через систему регистрации НИУ ВШЭ с **9 сентября до 15 ноября 2019 г.** (регистрация будет открыта позже).

К заявке должна быть приложена развернутая аннотация предполагаемого выступления на русском (для русскоязычных участников) и английском (для всех участников) языках в формате Word или RTF объемом не менее 1, но не более 3 машинописных страниц каждая, через 1,5 интервала (до 7 000 знаков). В аннотации должны быть четко сформулированы рассматриваемая проблема, используемый подход к ее решению (в частности, если есть, модель, на которой основан анализ), изложены основные полученные результаты. Необходимо указать, в чем основная

новизна представленных результатов по сравнению с ранее опубликованными. Заявки, не соответствующие указанным требованиям, не будут рассматриваться.

Группа авторов, каждый из которых зарегистрирован в системе конференции, может сообщить в Программный комитет конференции о своем желании организовать коллективную сессию. Для этого необходимо до **15 ноября 2019 г.** заполнить форму, размещенную на сайте конференции.

Один автор может представить на конференции один личный доклад и не более двух докладов в соавторстве. В рамках отдельной сессии не должно быть более двух докладов, представленных от одной организации. Продолжительность сессии 1,5 часа. Предложения по формированию сессий рассматриваются Программным комитетом на этапе экспертизы заявок и формирования программы конференции.

Решение Программного комитета о включении докладов в программу конференции будет принято до **24 января 2020 г. на основании** экспертизы с привлечением независимых экспертов, после чего на сайте конференции будет опубликована предварительная версия программы конференции.

В срок до **10 февраля 2020 г.** авторы докладов, включенных в предварительную программу конференции, должны подтвердить своё участие в личном кабинете системы регистрации. В случае отсутствия подтверждения доклады будут исключены из программы. Авторы докладов, включенных в программу конференции, должны до **13 марта 2020 г.** представить слайды презентации на английском языке.

Доклады, включенные в программу конференции, после дополнительного рецензирования и рассмотрения редакциями, могут быть приняты к публикации в ведущие российские научные журналы по экономике, социологии, менеджменту, государственному управлению, которые индексируются Scopus и/или Web of Science, входят в список ВАК.

Заявки на участие в конференции без доклада принимаются on-line до **20 марта 2020 г.**

#### **РЕГИСТРАЦИОННЫЙ ВЗНОС:**

Информация об оплате участия в конференции (размер регистрационных взносов, порядок и сроки оплаты) будет размещена на сайте конференции.

Организационный комитет конференции  
(контакт: [interconf@hse.ru](mailto:interconf@hse.ru))

# **XXI April International Academic Conference on Economic and Social Development**

**April 6–10 2020, Moscow**

On April 6-10, 2020 in Moscow, National Research University Higher School of Economics (HSE University), with the support of the World Bank, will be hosting the XXI April International Academic Conference on Economic and Social Development. The Conference's Programme Committee will be chaired by Professor Evgeny Yasin, HSE University's academic supervisor.

The Conference features a diverse agenda concerning social and economic development in Russia. The Conference programme will include presentations by Russian and international academics, roundtables and plenary sessions with participation of members of the Government of the Russian Federation, government officials, business representatives, and leading Russian and foreign experts.

The XXI April International Academic Conference on Economic and Social Development once again invites participants from the international academic and expert community!

Information about previous conferences can be viewed here: <https://conf.hse.ru/2019/>

## **PROPOSAL REQUIREMENTS AND SUBMISSION PROCEDURE:**

Papers presented at the Conference should contain the **results of original research** based on up-to-date research methodology. The Conference Programme will be developed based on accepted proposals.

**WORKING LANGUAGES of the conference:** Russian and English.

**TIME LIMITS of the conference are the following ones:**

- Presentation — 15–20 minutes;
- Roundtable discussions — 5–7 minutes.

**DEADLINES for proposals:**

Submit the proposal through HSE University's online system from **September 9** until **November 15, 2019 (the link will become available later)**.

The application should include a detailed summary of the proposed presentation in Russian (for Russian-speaking participants) and English (for all participants) in either Word or RTF format. The summary should be between 1–3 pages, 1,5 spacing (up to 7 000 symbols) and should clearly state the problem, research approach used (particularly, if there is a model on which the analysis is based), and the main results. In addition, the abstract should indicate the novelty of the obtained results in comparison with previously published works. Proposals that do not meet these requirements will not be considered.

A group of authors, each individually registered on the Conference system, may request permission from the Programme Committee to present their reports in one

session. To do so, they must complete the form on the Conference website by **November 15, 2019**.

One author may present one individual paper and no more than 2 co-authored papers at the Conference. A session should contain no more than two papers submitted by the same organization. A standard session lasts 1,5 hours. Proposals for the formation of sessions will be considered by the Programme Committee when reviewing applications and developing the Conference Programme.

The Programme Committee's decision about the acceptance of the papers will be made by **January 24, 2020**, based on the reviews conducted by independent experts. The preliminary programme will be available on the Conference's website.

Scholars whose papers are included in the programme must confirm their participation through their personal account in the HSE University's system by **February 10, 2020** (otherwise, their paper will be excluded from the programme) and provide slides of their presentation in English by **March 13, 2020** for publication on the Conference's website.

Papers included in the programme after additional reviews by the editorial board will be considered for possible publication in leading Russian journals on Economics, Sociology, Management, Public administration, etc. These journals are either cited in the Scopus and WoS databases or included in the list of peer-reviewed journals of the Russian Higher Attestation Commission.

Online registration to attend the Conference (without presentation) will be open until **March 20, 2019**.

#### **PARTICIPATION FEE:**

Information about the participation fees, payments deadlines and procedures will be available on the respective section of the Conference's website.

The Conference Organizing Committee  
(Contact: [interconf@hse.ru](mailto:interconf@hse.ru))

**Журнал учрежден** в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

**Главные задачи:**

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

**Основные темы:**

Правовая мысль (история и современность)  
Портреты ученых-юристов  
Российское право: состояние, перспективы, комментарии  
Судебная практика  
Право в современном мире  
Реформа юридического образования  
Научная жизнь  
Дискуссионный клуб  
Рецензии

**Журнал рассчитан** на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой. «Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

**Журнал выходит** раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

# АВТОРАМ

## Требования к оформлению текста статей

**Представленные статьи** должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

### Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

**При наборе текста** необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

### Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

### Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

### Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

**Сведения, содержащиеся в заглавии статьи**, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

**Исторические справки**, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

### Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

### Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

### Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

### Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

**Статьи рецензируются.** Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

**Плата с аспирантов** за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации  
«Право. Журнал Высшей школы экономики»  
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.  
выдано Федеральной службой по надзору  
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*  
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*  
Художник *А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*  
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 16.09.2019. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 16,0. Тираж 500 экз. Заказ №

Отпечатано в ФГУП «Издательство «Наука»  
(Типография «Наука»)  
121099, Москва, Шубинский пер., д. 6