

# 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. Динвиди (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. Моршакова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)  
Г.И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)  
В.Д. Первалов (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

### 2/2019



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

### Правовая мысль: история и современность

**А.В. Малько, Р.С. Маркунин**

Значение системного подхода в исследовании юридической ответственности органов публичной власти..... 4

**В.В. Лапаева**

Международное регулирование отношений в сфере биомедицины: взаимодействие права и морали ..... 22

**Д.Б. Горюхов**

Проблемный результат отечественного правотворчества: законодательное установление охраны «жизни или здоровья животных и растений»..... 45

**В.А. Лаптев**

Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу ..... 79

### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

**Е.В. Рябова**

Публичный финансовый контроль: выявление сущности явления .. 103

**Е.В. Кудряшова**

Финансовая безопасность в иерархии целей стратегического планирования в Российской Федерации..... 124

**Н.В. Самсонов**

Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации как источник отечественного гражданского процессуального права ..... 139

**Н.И. Марышева, А.И. Щукин**

«Иностраннный элемент» при пересмотре судебных постановлений по новым обстоятельствам: российское законодательство и судебная практика ..... 163

**С.В. Зыков**

Личные неимущественные права супругов: необходимость правового регулирования..... 189

### Право в современном мире

**А.П. Клементьев**

Выбор права в трансграничном ликвидационном неттинге ..... 209

**А.А. Каширкина, А.Н. Морозов**

Юридическая экспертиза проектов международных актов: новые грани ..... 233

# 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. Yerpilyova (HSE, Russian Federation)

### Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya  
(HSE, Russian Federation)

### Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitskiy Per.,  
Moscow 109028, Russia

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

### Legal Thought: History and Modernity

**A.V. Mal'ko, R.S. Markunin**

The Significance of System Approach in Study of Public Bodies Liability..... 4

**V.V. Lapaeva**

International Regulation of Relations of Biomedicine: Interaction of Law and Morality ..... 22

**D.B. Gorokhov**

Problematic Result of Domestic Lawmaking: Legislative Establishing Protection of Life or Health of Animals and Plants..... 45

**V.A. Laptev**

Artificial Intelligence and Liability for its Work..... 79

### Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

**E.V. Ryabova**

Public Financial Control: Searching of Nature ..... 103

**E.V. Kudryashova**

Financial Safety within Hierarchy of Strategic Planning Purposes in Russian Federation ..... 124

**N.V. Samsonov**

Resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation as a Source of Civil Procedural Law ..... 139

**N.I. Marysheva, A.I. Schukin**

“Foreign Element” in Revising Court Decisions on New Circumstances: Russian Legislation and Court Practice..... 163

**S.V. Zykov**

Personal Non-property Rights of Spouses: Need in Legal Regulation ..... 189

### Law in the Modern World

**A.P. Klementiev**

Cross-Border Close-Out Netting and the Choice of Applicable Law ... 209

**A.A. Kashirkina, A.N. Morozov**

Examination of International Acts Drafts: New Facets of Legal Expertise ..... 233

**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

# Значение системного подхода в исследовании юридической ответственности органов публичной власти



**А.В. Малько**

профессор Саратовского филиала Института государства и права РАН, доктор юридических наук, заслуженный деятель науки. Адрес: 410056, Российская Федерация, Саратов, ул. Чернышевского, 135. E-mail: i\_gp@ssla.ru



**Р.С. Маркунин**

доцент кафедры теории государства и права Саратовской государственной юридической академии, кандидат юридических наук. Адрес: 410056, Российская Федерация, Саратов, ул. Вольская, 1. E-mail: markunin88@yahoo.com



## Аннотация

Выбор верного подхода к методологии юридических исследований является одним из главных условий постижения истины в процессе научного познания государственно-правовых явлений. Применение системного метода создает новые возможности для раскрытия его сущности, содержания и преимуществ, в том числе в вопросах исследования ответственности органов публичной власти. Целью статьи является осмысление целесообразности использования системного метода при изучении юридической ответственности данных органов. Предложены пути совершенствования системы ответственности властных органов и рекомендации по изменению действующего законодательства. Методы: общенаучные (диалектический, логический, системный) и специально-юридические (сравнительно-правовой, формально-юридический, юридического моделирования). Сформулировано понятие системы юридической ответственности органов публичной власти, рассматриваемой в виде группы правовых норм, которым присуща упорядоченность, обеспечивающая относительную самостоятельность и единство этой совокупности. Это выражается в сознательном соблюдении и исполнении правовых норм органами публичной власти, а в случае нарушения — необходимости претерпевать неблагоприятные последствия в виде лишений. Выделен ряд функций системы ответственности с их краткой характеристикой. Устанавливаются точные элементы системы юридической ответственности органов публичной власти. Анализ источников позволил разработать структуру системы юридической ответственности данных органов, в которую входят: субъект ответственности, основания ответственности, меры ответственности, процедура привлечения к ответственности. Дан краткий анализ каждого элемента системы с указанием его свойств и признаков. Приводятся примеры отсутствия на законодательном уровне отдельных структурных элементов вышеупомянутой системы и описываются возникающие в связи с этим проблемы. Авторы приходят к выводу, что системный подход должен быть положен в основу

методики исследования юридической ответственности данных органов, что позволит выявить новые пути развития института ответственности в отношении властных субъектов.

---



### Ключевые слова

юридическая ответственность, системный метод, субъект ответственности, основания ответственности, меры ответственности, процедура привлечения к ответственности, государственный орган, орган публичной власти, суд.

---

---

**Благодарности:** статья выполнена при поддержке РФФИ, проект № 19-011-00103 А «Юридическая ответственность в правовой системе России: концепция взаимодействия, взаимосвязей и устранения противоречий с иными элементами правовой системы».

**Для цитирования:** Малько А.В., Маркунин Р.С. Значение системного подхода в исследовании юридической ответственности органов публичной власти // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 4–21.

УДК: 342.511.5

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.4.21

## Введение

Одной из особенностей современного научного мышления является распространение системных исследований. Системный метод позволяет выявить комплекс проблем в конкретных научных и практических областях и сформировать эффективную стратегию их изучения и последующего решения. В период начального формирования научных знаний при исследовании сложных объектов использовались лишь несистемные средства познания в виде простого анализа, и этого было достаточно. Изучение объектов проходило чаще всего путем их разложения на составные части и описания получившихся компонентов. При этом считалось возможным создание единственной, исчерпывающей теоретической модели объекта, которая не зависела бы от решаемой задачи и используемых методов познания.

Однако постепенно с процессом усложнения человеческого общества получает развитие и различного рода системные явления. В результате создается необходимость в познании подобных явлений посредством системного метода, который способен раскрыть особенности их структуры и взаимодействия с иными объектами действительности. Целая группа отечественных исследователей в разных областях науки занимались продвижением и совершенствованием системного метода; из наиболее видных выделим

П.К. Анохина, И.В. Блауберг, В.Н. Садовского, А.И. Умова, Э.Г. Юдина и др. Работы с использованием общей теории систем относились к математике, психологии, философии, инженерно-техническим наукам. В правовой сфере этот подход также может быть использован, поскольку правовым явлениям присуще свойство системности. Системность заключается в возможности объекта выступать в качестве системы, а именно включать в свой состав элементы, наделять их новыми свойствами, особенностями и т.д.

Системность права может применяться в виде его свойства, принципа правового регулирования, признака системы права и правовой системы. Подобный многоаспектный характер связан с многогранностью самого права, его оснований и проявлений. Тем не менее, в юридической науке системному методу уделяют недостаточно внимания. На данный момент имеется малое количество научных исследований, которые были бы посвящены системному анализу юридических явлений с применением правил общей теории систем. Научные работы, анализирующие какие-либо явления, через их системное строение чаще всего ограничиваются лишь исследованием классификации и перечислением характерных признаков. В связи с этим мы пришли к выводу об актуальности комплексного исследования, связанного с установлением характерных черт и особенностей проявления юридической ответственности органов публичной власти как системного явления.

## **1. Общие положения о системном методе познания**

С середины XX века характерной чертой науки становится стремление к *описанию* исследуемых объектов в виде целостных систем, включающих в себя их различные стороны, которые ранее могли быть предметом изучения различных наук. На сегодняшний день становится понятным, что выстраивание подобного целостного описания является залогом глубокого научного исследования. Такую тенденцию можно назвать особенностью развития нового стиля научного мышления, которое заключается в распространении системных исследований. Они выступают в научных дисциплинах в качестве концептуальной основы, с помощью которой формируются различные теоретические построения и практические приложения новых достижений и научных идей. Такие понятия, как «система» и «системный подход» приобретали статус *общенаучных*. Одним из важных моментов применения системного метода при изучении любого объекта состоит в его рассмотрении в виде комплекса *взаимодействующих* элементов. Сильная сторона системного подхода проявляется в том, что он содержит внутри себя новую схему объяснения, заключающуюся в поиске конкретных механизмов в системном

объекте и раскрытии полной типологии его связей [Бруевич А.А., 2013:5]. Успешное применение теории систем связано с таким исследованием объектов познания, при котором уделяется особое внимание взаимодействию элементов системы, что является причиной наличия у целого объекта свойств, которые отсутствуют у его элементов.

Исследование отдельных объектов в составе систем, через призму систем, способствует более глубокому пониманию сущности этих объектов. Поначалу переход к познанию объекта как элемента различных систем не ведет к познанию его внутренних свойств и его сущности, поскольку в этом случае интересы исследователя направлены на установление структурных взаимоотношений в системе, а элементы отодвигаются на второй план. Однако сравнительный анализ дает понять, что познание объекта как элемента различного рода систем способствует более глубокому познанию его сущности. Следовательно, переход от объекта к системе, структурному исследованию внутренних связей объектов позволяет одновременно проанализировать сущность объектов. Помимо этого познание объекта в составе систем означает не только анализ его собственных внутренних свойств, которые существовали у него до вхождения в систему. Практика показывает, что объект, входя в систему, коренным образом может менять свои свойства, свои функции, и чем сложнее система, тем более заметно изменение его свойств [Сачков Ю.В., 1971: 68].

Кроме того, особенностью системного метода является то, что в научном исследовании не может быть проведен анализ отдельного объекта без его точной идентификации в большой системе. Таким образом, для успешного научного анализа исследователь должен обладать концепцией системы, которая удовлетворяла бы основным требованиям, предъявляемым к самому понятию системы, и лишь после этого останавливать свое внимание на пункте системы, который подлежит конкретному исследованию [Анохин П.К., 1973: 8].

На сегодняшний день исследования свидетельствуют, что на систему оказывают существенное влияние свойства составляющих ее элементов и подсистем. Элементы в свою очередь зависят от других объектов, с которыми они взаимодействуют, от влияния на них системы и условий ее существования. Учитывая вышесказанное, будет логичным считать, что первый этап процесса познания должен заключаться в вычленинии из упорядоченной системы *отдельных* объектов, вещей и процессов и осмысление *этих объектов* в качестве всеобщей формы существования материи. Выделение объектов осуществляется прежде всего для анализа их существенных свойств и связей и пренебрежения несущественными. На втором этапе познания происходит выявление *связи* между отдельными элементами.

## **2. Особенности системы юридической ответственности органов публичной власти**

Ценность системного подхода заключается в его способности рассматривать объект под определенным углом, благодаря чему становится возможным исследовать свойства и характеристики, которые не проявлялись в ходе обычного анализа. Отметим, что в сфере юриспруденции системный подход до последнего времени использовался слабо; имеется не много работ, посвященных системному анализу юридических явлений. При этом исследования, которые рассматривают какие-либо явления через их системное строение, чаще всего ограничиваются вопросами классификации и перечислением характерных признаков. К примеру, работы, затрагивающие такой комплексный институт, как «юридическая ответственность» в большинстве своем посвящены проблемам отраслевого критерия классификации этого явления. А системный метод имеет гораздо больший потенциал при изучении комплексных и многоаспектных юридических явлений, в частности, юридической ответственности в отношении таких субъектов, как органы публичной власти.

Вопрос об ответственности органов публичной власти выступает весьма значимой сферой научного исследования на современном этапе построения правового государства. Названные органы способны оказывать максимальное влияние на развитие социальной жизни и всего общества в целом, в связи с чем необходимость создания механизмов, гарантирующих их качественную работу, выступает первоочередной задачей.

Публичная власть представляет собой многоуровневую систему, где присутствуют упорядоченные по своей компетенции звенья. Субъекты, которые осуществляют публичную власть, определяют основные направления правовой политики страны, и результаты их работы оказывают непосредственное влияние на правовую жизнь общества в целом. Вопросы, связанные с ответственностью органов публичной власти и ее системном анализе, становятся все более актуальными [Воробьева О.А., 2010: 192]. Действующее законодательство не устанавливает полноценной системы ответственности органов власти за неисполнение или ненадлежащее исполнение их обязанностей. Нормы права в большинстве своем носят декларативный характер по причине отсутствия механизма их реализации на практике. Помимо этого, отсутствуют меры постоянного контроля за деятельностью властных субъектов как со стороны общества, так и самого государства.

В юридической литературе часто можно встретить позицию, согласно которой демократическое устройство не может соседствовать с какими-либо контролирующими мерами воздействия. Однако международные исследо-

вания показывают, что демократия не гарантирует чистую и прозрачную работу государственного механизма [Kubbe I., 2008: 175]. В связи с этим подобные средства контролирующего характера крайне необходимы для развития общества и существования самого государства, поскольку их работа оказывает непосредственное влияние на эффективность деятельности органов власти. К примеру, законодательство ряда зарубежных стран в отдельных государственных ведомствах регламентирует использование детектора лжи, устанавливает в рамках борьбы с незаконными доходами процедуру их отчетности, вводит обязательный процесс декларирования имущества и подарков, врученных должностным лицам и т.д. Такого рода контрольные меры обеспечивают надлежащий уровень отчетности властных субъектов перед обществом и в определенной момент могут содействовать судебному преследованию в отношении коррумпированных должностных лиц [Vagas G.A., 2016: 439].

Однако помимо контролирующих мер в современных условиях требуется формирование единой, согласованной системы юридической ответственности органов публичной власти. Законодательное закрепление основных принципов, методов и средств по привлечению властных субъектов к юридической ответственности выступает первоочередной задачей. В настоящее время главным условием обеспечения контроля в отношении государственных органов и должностных лиц является установление открытого и прозрачного режима власти.

В целях создания подобного механизма юридической ответственности органов публичной власти целесообразно выработать эффективную научную концепцию. Ее структура должна строиться на системном подходе к ключевым элементам реализации и возможности защиты прав субъектов. Система юридической ответственности органов публичной власти включает в себя такие элементы, как субъект ответственности, основания ответственности, процессуальный элемент реализации ответственности и меры юридической ответственности. Данные элементы системы будут нами рассматриваться как «первичные» и неделимые явления, необходимые в дальнейшем для выстраивания модели ответственности. В этом случае мы прибегаем к условности. Разумеется, эти элементы можно подвергнуть процессу деления, однако существенных успехов в ходе познания системы это деление не даст. Мы стараемся создать лишь верхние иерархические уровни из меньшего количества элементов. Отличия можно наблюдать лишь в том, что данная пирамидальная схема начинает расти не только вверх, но и вниз, в результате чего исходный «нулевой» уровень превращается в промежуточный. В теории нижний уровень может подвергаться дроблению до бесконечности, но здравый смысл требует в определенный момент остановиться и что-то

признать в качестве системы «первичных» элементов. При этом необходимо такое выстраивание системы, при котором у нас получились бы на каждом уровне стабильные компоненты для того, чтобы они были способны исполнять роль «первичных» элементов [Артюхов В.В., 2009: 27].

Эти компоненты образуют множество, действие которого направлено на получение полезного результата. Явления могут рассматриваться в качестве элементов системы лишь если каждый из них содействует в достижении итогового результата, именно для этого элементы и входят в общую для них систему. В процессе вхождения элементов в систему они начинают анализироваться лишь в контексте достижения ими определенных целей. Одной из особенностей системного подхода состоит в том, что компоненты системы не рассматриваются в качестве самостоятельных элементов, они теряют основную долю своей свободы в момент вхождения в определенную систему. Оставшаяся степень свободы необходима лишь для достижения системной цели.

### **3. Характеристика структурных элементов системы юридической ответственности органов публичной власти**

Ограниченный объем статьи не позволяет нам провести подробный анализ каждого элемента системы юридической ответственности органов публичной власти, поэтому ограничимся общей характеристикой.

Субъект юридической ответственности органов публичной власти представляет собой совокупность качественных характеристик образующих правовой статус в виде полномочий, обязанностей, иммунитетов и т.д. Однако для точного раскрытия сущности органа публичной власти вначале необходимо выяснить характерные черты самой публичной власти. Она чаще всего представлена в виде многоуровневой сложной системы, которая содержит ряд вертикальных упорядоченных по своей компетенции звеньев. В Российской Федерации данная система образует два уровня: государственный и местный. В свою очередь государственная власть подвержена видовому делению на федеральную и региональную. Местная власть реализуется на территории муниципальных образований. Все названные уровни являются равноценными, каждому из которых присуща специфика функционирования и взаимодействия с иными системами.

Публичная власть воздействует на нормативно-правовое регулирование вопросов, связанных с установлением компетенции органов государства и должностных лиц, определением методов и средств воздействия на общественные отношения, регламентированием разного рода правовых гаран-

тий и иммунитетов для различных субъектов права и т.д. Публичная власть определяет деятельность органов госаппарата, местного самоуправления, силовых министерств, субъектов денежной и налоговой систем и т.д. [Воробьева О.А., 2010: 14]. Однако в рамках настоящего исследования более значимым является установление характерных признаков и особенностей, свойственных органам публичной власти, которые образуют самостоятельный внутрисистемный элемент в виде субъекта юридической ответственности. Публичность органа власти как его характерный признак предусматривает открытость деятельности, которая распространяется на всю сферу интересов жизни общества и способствует решению возникающих проблем. В Постановлении Конституционного Суда России от 24.01.1997 № 1-П по делу о проверке конституционности Закона Удмуртской Республики от 17.04.1996 «О системе органов государственной власти в Удмуртской Республике» говорится, что публичная власть реализуется как государственными органами, так и органами местного самоуправления, которые не входят в систему органов государства<sup>1</sup>.

На сегодняшний день большое количество органов публичной власти осуществляют передачу части своих полномочий специально созданным организациям и общественным объединениям. К их числу можно отнести государственные компании, различные государственные фонды, корпорации и т.д. В связи с этим можно сделать вывод, что к органам публичной власти можно причислить: государство и его органы с государственными служащими и иными должностными лицами; муниципальные образования и органы местного самоуправления. Каждый субъект весьма специфичен и требует индивидуального анализа. Отметим лишь, что его своеобразие определяет многие элементы и особенности системы юридической ответственности в целом.

Государство в лице самостоятельного субъекта способно нести ответственность и в рамках международной и в рамках национальной правовой системы. На международном уровне оно представляет собой субъект, который обладает характерными правами и обязанностями, а в рамках национальной правовой системы, базирующейся на принципе юридического равенства сторон, государство выступает в качестве равноправного субъекта.

Государственные органы образуют один из элементов государственного механизма. Основные принципы их деятельности находят отражение в Конституции, федеральном и субъектном законодательстве и иных нормативно-правовыми актах. Система данных органов направлена на осуществление функций всего государства.

---

<sup>1</sup> Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1997. № 5.

Однако работа государственных органов, в том числе по реализации публичной власти связывается непосредственно с деятельностью должностных лиц. Согласно примечанию ст. 2.4. Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее — КоАП) должностным лицом признается субъект, являющийся представителем власти и обладающий организационно-распорядительными и административно-хозяйственными полномочиями<sup>2</sup>. Рассматривая должностное лицо в качестве самостоятельного субъекта, осуществляющего публичную власть, следует сказать о низком уровне профессионализма в деятельности большинства должностных лиц, который часто соседствует с правовым нигилизмом. Повышение эффективности в деятельности субъектов органов публичной власти должно выступать одним из основных направлений правовой политики современного российского государства, поскольку этот вопрос имеет диалектическую взаимосвязь с эффективностью функционирования системы юридической ответственности органов власти за результаты своей деятельности.

Если проводить отдельный анализ системы ответственности каждого органа публичной власти, то можно столкнуться с рядом проблем, связанных с недостаточным раскрытием какого-либо властного субъекта внутри вышеназванной системы. Подобную ситуацию можно наблюдать, к примеру, в вопросах законодательного закрепления статуса органа местного самоуправления. В нормативно-правовой базе отсутствует четкое разграничение правовых статусов органов местного самоуправления и их структурных подразделений. Так, в Федеральном законе от 6.10.2003 №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>3</sup> (ст. 41 «Органы местного самоуправления как юридические лица») говорится об органах местной администрации. В результате мы наблюдаем уравнивание органа как самостоятельного субъекта и его структурного подразделения, что приводит к выводу о потенциальной возможности юридических лиц, одинаковых по организационно-правовой форме, выступать как в виде самостоятельных участников правоотношений, так и в качестве отдельных структурных подразделений. В других отраслях права на подобное приравнивание самостоятельных субъектов наложен запрет, поскольку в таком случае происходит размывание юридической ответственности отдельных субъектов [Селихов О.Г., 2016: 123]. В связи с этим мы полагаем, что вышеназванный подход законодателя к определению субъектов, участвующих в правоотношениях на местном уровне, является ошибочным, поскольку он усложняет процесс установления конкретных органов и лиц,

---

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2002. № 1. Ст. 1.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

способных принимать самостоятельные решения по регулированию вопросов местного значения и впоследствии нести за это юридическую ответственность.

Основания юридической ответственности также в большинстве случаев носят специфический характер в зависимости от субъекта. Однако в рамках выстраивания системы этому элементу следует придать более высокое качество единства, которое сможет объединить всех субъектов, находящихся в системе ответственности органов публичной власти. Достичь этого можно за счет установления помимо специфических оснований ответственности единого основания — такого, как «утрата доверия». Основание утраты доверия в нашей системе ответственности применимо как в отношении досрочного прекращения полномочий государственных органов (импичмент Президента Российской Федерации, роспуск Государственной Думы, представительного органа местного самоуправления), так и в отношении отдельных должностных лиц (отзыв депутата регионального и местного представительного органа, досрочное прекращение полномочий министра и глав муниципального образования и т.д.).

На данный момент утрата доверия в качестве основания ответственности используется в ряде нормативных актов. Так, п. 1.1 ч. 1 ст. 37 Федерального закона от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» предусматривает безальтернативное дисциплинарное взыскание в виде увольнения в связи с утратой доверия<sup>4</sup>. Данное основание раскрывается в ст. 59.2 названного акта, однако ее содержанием не охватывается некомпетентность лица, которая может привести к неисполнению или ненадлежащему исполнению возложенных на служащего обязанностей. В связи с этим качество и эффективность работы государственного служащего не имеет правового значения. Недостаточная правовая определенность или полное отсутствие такого элемента системы ответственности, как основания, приводит к снижению эффективности работы всей системы. Примером подобной ситуации может служить система юридической ответственности членов Совета Федерации. Пункт 1 ст. 8 Федерального закона от 3.12.2012 № 229-ФЗ «О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации»<sup>5</sup> содержит норму, согласно которой полномочия члена Совета Федерации прекращаются досрочно по основаниям, предусмотренным Федеральным законом от 8.05.1994 № 3-ФЗ «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»<sup>6</sup>. Однако в связи с

---

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2012. № 50. Ст. 6952.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 466.

законодательными изменениями из вышеназванного федерального закона изъято право регионального органа государственной власти досрочно прекращать полномочия члена Совета, которого он назначил ранее. Видимо, подобные меры были вызваны отсутствием на федеральном уровне единого перечня оснований досрочного прекращения полномочий членов Совета Федерации, в связи с чем этот вопрос получал регулирование на уровне регионального законодательства. По этой причине региональные акты могли содержать различные правовые основания ответственности членов Совета, что приводило к неравенству их правовых статусов.

Однако внесенные законодателем изменения привели к фактическому отсутствию потенциальной возможности регионального органа власти осуществлять контроль за действиями назначенного члена Совета Федерации и применять в отношении него какие-либо меры ответственности. В связи с этим необходимо дополнить законодательство новым основанием досрочного прекращения полномочий члена Совета Федерации в виде утраты доверия регионального органа государственной власти, избравшего данного парламентария. Кроме того, следует предусмотреть возможность уточнения данного основания ответственности со стороны регионального законодателя. Подобные изменения позволят восстановить нарушенные внутрисистемные связи между элементами системы юридической ответственности в отношении члена Совета Федерации и повысить ее эффективность.

Помимо этого, такое основание, как утрата доверия, будет способствовать формированию позитивной ответственности у властных субъектов. Позитивная ответственность должностных лиц рассматривается в качестве социальной необходимости инициативного выполнения всех лежащих на лице обязанностей — моральных, политических, правовых [Краснов М.А., 1997: 55]. При ее наличии к должностному лицу приходит понимание, что он является слугой всего общества и его задача заключается в защите интересов тех, кто оказал ему доверие. Существует значительное различие между лицами, занимающими государственные должности, и гражданами, в интересах которых они осуществляют свою деятельность. Государственные должностные лица обязаны преследовать общественные интересы и использовать полномочия и ресурсы для достижения общественных целей. Деятельность данных субъектов должна быть сопряжена с чувством долга делать все возможное, чтобы помогать согражданам.

Особое значение также имеет открытость информации о деятельности государственных служащих. Свободный доступ публики к публичным документам, без сомнения, имеет решающее значение для предотвращения неправомерного поведения государственных служащих. Одной из лидирующих стран по этому показателю является Швеция [Gerven W., 2011: 255]. К сожалению, закрепление позитивной ответственности должностных лиц

не находит соответствующего отражения в действующем российском законодательстве.

Процессуальная составляющая в системе ответственности по своей значимости не уступает иным элементам. Недостаточным образом регламентированная в законодательстве процедура применения меры ответственности или вообще ее отсутствие не дает возможности говорить о выстроенной и слаженной системе в целом. В ходе изучения данного элемента системы обнаруживается существенный недостаток процессуальных норм в вопросах применения мер ответственности, к примеру, к государственным служащим, что на практике преодолевается дискреционными полномочиями руководства. Анализ законодательства свидетельствует, что непосредственный руководитель может обладать чрезмерными возможностями в решении в привлечении подчиненных к ответственности [Комахин Б.Н., 2014: 329]. Это создает опасность злоупотребления дискреционными полномочиями начальства. Преодоление подобной практики возможно благодаря наличию в законодательстве обязательного требования в виде указания на конкретные случаи и перечень норм нарушенных подчиненным лицом. Также повышению эффективности способствовала бы деятельность контрольно-надзорного органа, в компетенции которого находились бы полномочия вневедомственных проверок, направленных на обнаружение признаков некомпетентности и неэффективности в работе государственного служащего. Помимо этого, установление четких процедур применения мер ответственности служащих будет способствовать сокращению укрывательства должностных нарушений руководителей.

Однако ситуация может быть обратной, что приводит к появлению чрезмерно усложненных процедур реализации мер. Подобная картина нередко возникает в связи с действием института иммунитета в отношении отдельных категорий лиц, который способен усложнять внутрисистемный элемент в виде процедуры привлечения лица к ответственности. Роль иммунитета сводится к обеспечению субъектам публичной власти свободы деятельности и недопустимости оказания на них влияния со стороны. Однако в некоторых случаях наблюдается излишний объем гарантий отдельных лиц, что сказывается на процедуре привлечения их к ответственности, в том числе за совершение противоправных действий.

К примеру, действующее законодательство содержит процедуру задержания судьи Конституционного Суда России на месте преступления, которая урегулирована § 11 Регламента Конституционного Суда. При задержании судьи на месте преступления Председатель Суда незамедлительно созывает заседание, которое должно состояться не позднее, чем через 24 часа с момента, когда в Суде стало известно о задержании. Председатель обращается с требованием к должностному лицу, произведшему задержание, или к его

руководителю о доставлении судьи на заседание суда. На заседании Конституционный Суд уполномочен: 1) потребовать незамедлительного освобождения судьи; 2) воздержаться от такого требования. Необходимо обратить внимание, что решение Конституционного Суда никаким образом не влияет на дальнейшие его решения по вопросу согласия на возбуждение уголовного дела в отношении судьи, на заключение его под стражу и т.д. В связи с вышеизложенным возникает вопрос об обоснованности столь громоздкой процессуальной составляющей привлечения к ответственности судьи Конституционного Суда.

Другим примером излишне усложненной процедуры выступает реализация института импичмента главы государства. Действующая на данный момент в России процедура отрешения Президента от должности чрезмерно усложнена, т.к. в ее реализацию вовлечено излишнее количество органов публичной власти. Помимо этого Конституция установила такие основания для инициирования вопроса отрешения от должности, при которых оно фактически не реализуемо. Президент, согласно ст. 93 Конституции, может быть отрешен от должности Советом Федерации только на основании выдвинутого Государственной Думой обвинения в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления. Весьма сомнительной выглядит вероятность уличить главу государства в совершении таких преступлений, да еще благодаря деятельности Государственной Думы, не имеющей специальных процессуальных полномочий.

В зарубежном законодательстве данный институт реализован он несколько иначе. К примеру, законодательство Швеции закрепляет иммунитет депутата, однако он связывается лишь с выполнением лицом должностных обязанностей и способствует обеспечению свободы его деятельности. Представитель власти может быть лишен свободы в соответствии с нормами законодательства без согласия каких-либо государственных органов, в случае задержания на месте преступления, признания в преступлении либо когда за совершенное им деяние полагается наказание не менее двух лет тюремного заключения [Могунова М.А., 2009: 255].

Как видим, область распространения иммунитетов, регламентированных зарубежным законодательством, в отношении отдельных категорий лиц весьма ограничена в сравнении с российскими иммунитетами. Усложненность процессуальных барьеров, закрепленных в российском законодательстве по реализации процедуры привлечения должностных лиц к юридической ответственности, влияет на взаимосвязи между структурными элементами системного явления, негативным образом отражаясь на общем уровне эффективности всей системы.

Своеобразие мер юридической ответственности определяют в основном особенности субъекта, в отношении которого эти меры ответственности и

применяются. Например, импичмент Президента, дисквалификация в отношении должностного лица, лишение депутатского мандата в отношении депутата и т.д. Объем подобных мер ответственности и разного рода ограничений зависит от стадии развития правового государства [Кушхова Б.З., 2009: 27].

Недостаток данного структурного элемента системы и последствия этого можно наблюдать на примере реализации юридической ответственности Правительства России перед Парламентом. Действующее законодательство закрепляет одно из важнейших контрольных полномочий Государственной Думы — заслушивание ежегодных отчетов Правительства о результатах его деятельности, что создает иллюзию парламентского контроля за исполнительной властью. Подобное полномочие Парламента превращается в фикцию, поскольку законодательные акты не предусматривают возможность признать такой отчет неудовлетворительным с применением соответствующих мер ответственности [Чепус А.В., 2014: 88]. Отсутствие в законодательстве каких-либо мер ответственности ставит под сомнение как эффективность ежегодных отчетов Правительства перед Думой, так и их необходимость.

В зарубежном законодательстве мы видим иную ситуацию. К примеру, Конституция Казахстана предусматривает ответственность членов Правительства и перед Президентом, и перед Парламентом<sup>7</sup>. В ряде европейских государств правительство ответственно перед обеими палатами парламента (Бельгия, Исландия, Италия, Нидерланды, Норвегия, Румыния, Швеция). По Конституции Италии Совет министров нуждается в доверии обеих палат. Каждая палата оказывает доверие или отказывает в нем посредством мотивированной резолюции. Особенность парламентской ответственности Правительства Румынии заключается в том, что вотум недоверия ему выносится на совместном заседании обеих палат [Чепус А.В., 2014: 269].

В ходе изучения системы юридической ответственности органов публичной власти и в дальнейшем выстраивании ее модели появляется необходимость в установлении не только перечня структурных элементов, но и специфических свойств, в частности, свойства точного расположения элементов в рамках системы. Чаще всего на практике в вопросах ответственности речь идет о процессуальной составляющей процедуры привлечения к ответственности, следовательно, последовательность элементов системы играет ключевую роль. Следующее свойство — это сложность системы, поскольку она включает в себя элементы, которые, в свою очередь, образуют собственные системы, о чем говорилось выше. Еще одно свойство — это интегральный

---

<sup>7</sup> Конституция Республики Казахстан от 30. 08. 1995 // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1996. № 4. Ст. 217.

характер связей элементов. Связи в данном случае настолько устойчивы, что отсутствует возможность изъятия какого-либо субъекта, поскольку это ведет к разрушению всей системы ответственности (отсутствие мер ответственности ведет к бессмысленности привлечения лица по конкретным основаниям и т.д.)

Система юридической ответственности органов публичной власти также направлена на реализацию ряда функций: обеспечительной, охранительной, восстановительной, карательной, воспитательной.

Обеспечительная функция заключается в том, что система юридической ответственности гарантирует нормальную работу механизма правового регулирования, воздействуя на общественные отношения.

Охранительная функция системы ответственности заключается в обеспечении законности и правопорядка, в защите провозглашенных прав от нарушений.

Функция восстановительная предполагает приведение сторон в первоначальное положение, существовавшее до нарушения субъективного права путем возмещения причиненного ущерба, являющегося следствием данного противоправного деяния.

Карательная функция системы юридической ответственности представляет претерпевание субъектом неблагоприятных последствий, выраженных в лишениях в виде ограничения или изъятия принадлежащих ему благ.

Воспитательная функция системы юридической ответственности заключается в формировании идей и взглядов, влекущих законопослушное поведение.

В результате анализа юридической ответственности органов власти в виде системного явления можно дать ее определение. Система юридической ответственности органов публичной власти — это группа правовых норм, обладающих качеством упорядоченности, которая обеспечивает относительную самостоятельность и единство этой совокупности, что выражается в сознательном соблюдении и исполнении правовых норм органами публичной власти, а при нарушении — необходимости претерпевать неблагоприятные последствия в виде лишений.

## **Заключение**

Системный подход основывается на анализе причинных связей и закономерностей развития жизненных процессов. Использование системного метода при исследовании вопросов юридической ответственности органов публичной власти позволит выстроить непротиворечивую систему ответственности данных субъектов, основанную на демократических принципах, присущих современному правовому государству. Закрепленный на законодательном уровне механизм юридической ответственности будет способство-

вать как повышению результативности работы подобных органов, так и возрастанию эффективности функционирования правовой системы в целом.

Система юридической ответственности органов публичной власти в России не выстроена должным образом. Структура вышеназванной системы образуется за счет наличия связей между такими элементами, как субъект ответственности, основания, меры и процедуры их реализации. Нарушения внутрисистемных связей элементов или неверное отражение в законодательстве составных частей единой системы приводят к сбоям в функционировании всего системного явления. Анализ нормативно-правовых актов показал, что каждый элемент системы юридической ответственности нуждается в существенных изменениях, которые должны найти отражение в действующем законодательстве. Лишь при соблюдении требуемых правил построения системных явлений система юридической ответственности органов публичной власти сможет достигать поставленную цель в виде обеспечения необходимого уровня законности, правопорядка и эффективности в работе соответствующих органов власти.



## Библиография

Анохин П.К. Принципы системной организации функций. М.: Наука, 1973. 316 с.

Артюхов В.В. Общая теория систем: самоорганизация, устойчивость, разнообразие, кризисы. М.: Либриком, 2009. 224 с.

Бруевич А.А. Соотношение категорий «система» и «системность» в теории права: философские и методологические основы // *Lex russica*. 2013. № 1. С. 5–15.

Буравлев Ю.М. Юридическая ответственность государственных служащих, обусловленная оценкой эффективности служебной деятельности // *Государственная власть и местное самоуправление*. 2012. N 4. С. 32–35.

Воробьева О.А. Публичная власть в России: проблемы теории и практики. М.: *Nota Bene*, 2010. 192 с.

Комахин Б.Н. Развитие государственно-служебной деятельности на основе политики модернизации: административно-правовой аспект. М.: РЕГЕНС, 2014. 436 с.

Краснов М.А. Ответственность власти. М.: Магистр, 1997. 56 с.

Кушхова Б.З. Юридическая ответственность публичной власти в современной России: общетеоретический аспект: автореф. дис. ... к.ю.н. Краснодар, 2009. 27 с.

Могунова М.А. Государственное право Швеции. М.: Норма, 2009. 383 с.

Сачков Ю.В. Введение в вероятный мир. М.: Наука, 1971. 207 с.

Селихова О.Г. Особенности правового статуса органов местного самоуправления // *Российский юридический журнал*. 2016. № 5. С. 123–134.

Чепус А.В. Парламентская ответственность Правительства Российской Федерации: современное состояние и перспективы. М.: *Nota Bene*, 2014. 440 с.

Gerven W. Political Accountability and the Rule of Law. *ERA Forum*, 2011, vol. 12, pp. 255–265.

Kubbe I. Corruption and the Impact of Democracy. *Crime, Law and Social Change*, 2018, vol. 70, pp. 175–178.

Vagas G.A. (2016) Opening Public Officials' Coffers: A Quantitative Analysis of the Impact of Financial Disclosure Regulation on National Corruption Levels. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2016, vol. 22, pp. 439–475.

---

## **Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 2**

### **The Significance of System Approach in Study of Public Bodies Liability**



**Aleksander V. Mal'ko**

Professor, Saratov branch, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences. Address: 135 Chernyshevskogo Str., Saratov 410056, Russian Federation, E-mail: i\_gp@ssla.ru



**Roman S. Markunin**

Associate Professor, Department of Theory of State and Law, Saratov State Law Academy, Candidate of Juridical Sciences. Address: 1 Vol'skaya Str., Saratov 410056, Russian Federation. E-mail: markunin88@yahoo.com



#### **Abstract**

Currently, the choice of the proper approach to the methodology of legal research is one of the main conditions for achieving truth in the scholar knowledge of state law phenomena. The use of the systematic method in the framework of research provides new opportunities for the disclosure of its essence, content and advantages, including in the questions of studying the responsibility of public authorities. The purpose of this article is to understand the feasibility of using the system method in studying the legal responsibility of public bodies. The authors suggest the ways of improving the system of responsibility of the bodies and specific recommendations for changing the current legislation. The methods used in the article include general scholar (dialectical, logical, systemic) and special legal (comparative, formal, legal modeling, etc.). As a result of the analysis, the authors formulated the concept of the system of legal responsibility of public bodies, which is considered as a group of legal norms that have the quality of ordering, which ensures a relative independence and unity of this set, which is expressed in the conscious observance and implementation of legal norms by public bodies, and, in case of violation, the need to undergo adverse effects in the form of deprivations. A number of functions of the responsibility system with their brief description were highlighted in the paper. In addition, the article establishes specific elements of the system of legal responsibility of public authorities. The analysis of sources allowed developing the structure of the system of legal responsibility of public bodies, which includes the following elements: the subject of responsibility, the basis of responsibility, liability measures, the procedure for bringing to justice. A brief analysis of each element of the system with its signs is given. The article provides specific examples of the absence of individual structural elements of the aforementioned system at the legislative level and describes the issues arising in this connection. The authors come to the conclusion that a systematic approach should be used as the basis for the methodology of researching the legal responsibility of public authorities, which will reveal new ways of developing the institution of responsibility in relation to authorities.



## Keywords

legal responsibility; system; system method; subject of responsibility; basis of responsibility; liability measures; procedure for bringing to responsibility; state body; public authority; court.

**Acknowledgments:** the work was supported by RFBR, project № 19-011-00103 A “Legal Responsibility in the Russian legal system: the concept of interaction, relationships and resolve contradictions with other elements of the legal system”

**For citation:** Malko A.V., Markunin R.S. (2019) The Significance of System Approach in Study of Public Bodies Liability. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 4–21 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.4.21



## References

Anohin P.K. (1973) *Principles of the System Organization of Functions*. Moscow: Nauka, 316 p. (in Russian)

Artyuhov V.V. (2009) *General Theory of Systems*. Moscow: Librikom, 224 p. (In Russian)

Bruevich A.A. (2013) The Correlation of Categories «System» and «Systemic» in Theory of Law. *Lex russica*, no 1, pp. 5–15 (in Russian)

Buravlev Yu. M. (2012) Liability of Civil Servants, due to the Assessment of the Effectiveness of Official Activity. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie*, no 4, pp. 32–35 (in Russian)

Chepus A.V. (2014) *Parliamentary Responsibility of the Government of the Russian Federation: Current State and Prospects*. Moscow: Nota Bene. 440 p. (in Russian)

Gerven W. (2011) Political Accountability and the Rule of Law. *ERA*, vol. 12, pp. 255–265 (in English)

Komakhin B.N. (2014) *The Rise of Public Service based on Policy of Modernization*. Moscow: REGENS, 436 p. (in Russian)

Krasnov M.A. (1997) *The Responsibility of the Bodies*. Moscow: Magistr, 56 p. (in Russian)

Kubbe I. (2018) Corruption and the Impact of Democracy. *Crime, Law and Social Change*, vol. 70, pp. 175–178 (in English)

Kushkhova B.Z. (2009) The Liability of Public Authority in Modern Russia. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary. Krasnodar, 27 p. (In Russian)

Mogunova M.A. (2009) *Swedish Public Law*. Moscow: Norma, 383 p. (in Russian)

Sachkov Yu. V. (1971) *Introduction to the Probable World*. Moscow: Nauka, 207 p. (in Russian)

Selikhova O.G. (2016) Features of the Legal Status of Local Governments. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no. 5, pp. 123–134. (In Russian)

Vagas G. (2016) Opening Public Officials' Coffers: A Quantitative Analysis of the Impact of Financial Disclosure Regulation on National Corruption Levels. *European Journal on Criminal Policy and Research*. vol. 22, pp. 439–475 (in English)

Vorobeva O.A. (2010) *The Public Authority in Russia*. Moscow: Nota Bene, 192 p. (in Russian)

# Международное регулирование отношений в сфере биомедицины: взаимодействие права и морали

---

---

 **В.В. Лапаева**

главный научный сотрудник сектора философии права, истории и теории государства и права Института государства и права РАН, доктор юридических наук. Адрес: 119 019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, 10. E-mail: lapaeva07@mail.ru

---

## Аннотация

На международном уровне отношения в области биомедицины регламентируются обширным комплексом документов, положения которых в подавляющем большинстве содержат принципы и правила биоэтики, которые не носят юридически обязательного характера. Перевод этих этических норм на уровень национального законодательства требует их надлежащей юридикации, эталоном которой должны служить международные нормативно-правовые акты, прежде всего Конвенция Совета Европы о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины. Анализ показывает, что из всех принципов биоэтики лишь принцип «делай благо», закрепленный в ст. 2 Конвенции (согласно которой «интересы и благо отдельного человека превалируют над интересами общества или науки»), не получил адекватной юридической интерпретации. Юридическая некорректность данной статьи, речь в которой идет не о правах человека, а о его интересах и благе, является одним из факторов, препятствующих подписанию Конвенции. Вместе с тем в ней нашла выражение интенция не только на обеспечение прав испытуемых в ходе биомедицинских исследований, но также и на защиту интересов человека, которые могут пострадать от дегуманизирующего воздействия биотехнологий. Пока регулятивный потенциал Конвенции, нацеленный на благо грядущих поколений, не получил должного развития. Поиск гарантий от негативного воздействия биотехнологий на развитие человечества как биологического вида и социальной общности идет в плоскости общественной морали, корпоративной морали медико-биологического сообщества и индивидуальной морали исследователей. Последняя является на данный момент главной (хотя ненадежной) защитой от неконтролируемого развития биотехнологий. В этой ситуации важным направлением поиска баланса правовых и моральных регуляторов при создании и применении биотехнологий могли бы стать гарантии прав исследователей на обнародование опасений в связи с вредом, который могут заключать в себе данные технологии.

---

## Ключевые слова

право, мораль, международное регулирование, биомедицинские исследования, биотехнологии, принципы биоэтики, Конвенция по биоэтике, тип правопонимания.

---

---

**Благодарности:** Статья подготовлена при поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (проект № 18-29-14009).

**Для цитирования:** Лапаева В.В. Международное регулирование отношений в сфере биомедицины: взаимодействие права и морали // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 22–44.

УДК: 340

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.22.44

## Введение

Проблема оптимального баланса правовых и моральных регуляторов в последнее время становится все более актуальной в сферах общественных отношений, находящихся на передовом рубеже современных научно-технологических процессов. Ядро этих процессов составляют НБИК-технологии (нано-, био-, информационные и когнитивные технологии), стремительное развитие которых настоятельно диктует необходимость их адекватного социогуманитарного сопровождения в системе уже НБИКС-технологий, включающих в себя социогуманитарную составляющую. Подобное социогуманитарное сопровождение научно-технологического процесса обычно обозначают термином «экспертиза». Между тем это не совсем верно, во всяком случае, применительно к такой институционально развитой сфере, как *биоэтические технологии*, которые по своему содержанию могут быть отнесены не только к экспертной, но и к контрольной деятельности.

Формирование надлежащего социогуманитарного сопровождения научно-технологического развития открывает огромное и крайне актуальное по своей значимости пространство междисциплинарного взаимодействия между юриспруденцией и философией, прежде всего в сфере поиска баланса между правом и моралью. Правда, постановка данной проблемы, предполагающая разграничение этих социальных феноменов, идет вразрез с подходом, доминирующим в области биоэтики — уникальной сферы деятельности, связанной как с формированием этических регуляторов биомедицинской науки и практики, так и с регулированием посредством деятельности этических комитетов. Между тем смешение разных по своей природе соционормативных регуляторов чревато ослаблением их регулятивного потенциала. Для усиления этого потенциала необходимо, напротив, правильно определить те сферы отношений, которые могут и должны быть регламентированы правом, и те сферы, где правовые нормы должны уступить место нормам общественной и индивидуальной морали. В области биомедицины данная проблема наиболее актуальна в плоскости отношений: между исследователями и участниками биомедицинских исследований (пациентами и испытуемыми) и между

наукой (в лице исследователей, стоящих за ними исследовательских организаций, спонсоров, этических комитетов, медицинских общественных объединений, соответствующих государственных органов и т.д.) и обществом по поводу предотвращения угроз, которыми чревато применение результатов биомедицинских исследований для человечества. Это две разные сферы общественных отношений, применительно к которым проблема поиска баланса правовых и моральных регуляторов должна решаться по-разному.

## **1. Отношения между исследователями и участниками биомедицинского исследования**

Указанные отношения регламентируются обширным комплексом норм международного уровня, получивших закрепление в документах ЮНЕСКО, Всемирной медицинской ассоциации, Всемирной организации здравоохранения, Совета международных научно-медицинских организаций, Совета Европы, Европейского союза, Комитета по этическим, правовым и социальным вопросам Организации «Геном человека» и т.д. В своем подавляющем большинстве это разного рода декларации, рекомендации, профессиональные кодексы и т.п., положения которых с формальной точки зрения не носят обязательного характера. Однако, по сути, подобные документы содержат нормы «мягкого права», обладающие большим регулятивным потенциалом: их положения, как правило, закрепляются затем в законодательстве государств-членов соответствующих организаций. Особенность международного «мягкого права» в области биомедицинских исследований заключается в том, что провозглашаемые им принципы и правила исторически сложились на базе медицинской деонтологии в качестве этических принципов и правил взаимодействия врача и пациента. Перевод этих этических норм на уровень национального законодательства требует их юридической интерпретации и конкретизации. Очевидно, эталоном подобной юридизации должны служить международные нормативно-правовые акты, регламентирующие рассматриваемую сферу отношений.

В этой сфере на данный момент действует лишь один специальный международно-правовой акт регионального уровня — Конвенция Совета Европы о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины (1997) (далее — Конвенция по биоэтике), участниками которой, согласно ст. 1, являются «государства-члены Совета Европы, прочие Государства и Европейское сообщество, подписавшие настоящую Конвенцию»<sup>1</sup>. Нормы Конвенции охватывают не только ситуации

---

<sup>1</sup> Available at: URL: // <https://Consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?...doc&base=INT&n...> (дата обращения: 03.03.2019)

медицинского вмешательства, связанные с применением достижений биомедицины, но и отношения в связи с получением этих достижений в процессе медицинских и биомедицинских научных исследований: в Конвенции есть специальная глава «Научные исследования». Основное содержание данной главы посвящено гарантиям того, что исследования на людях проводятся только при отсутствии альтернативных методов исследования, сопоставимых по их эффективности; риск, которому может быть подвергнут испытуемый, не превышает потенциальной выгоды от результатов исследования; проект исследования был утвержден компетентным органом после независимой научной экспертизы; испытуемые явно выразили информированное письменное согласие, которое может быть беспрепятственно отозвано в любой момент. Эти положения Конвенции получили существенное развитие в Дополнительном протоколе о биомедицинских исследованиях от 26 января 2005 г., где помимо нормативных гарантий прав участников исследования введены и институциональные гарантии, связанные с деятельностью этических комитетов как органов, осуществляющих независимую экспертизу этической приемлемости биомедицинских исследований.

При этом в части применения достижений биомедицины Конвенция (как это следует из ее названия, Преамбулы и содержания некоторых норм) распространяется не только на действующую медицинскую практику, но и на все потенциально возможные ситуации «предсудительного использования биологии и медицины», чреватые опасностью для «блага нынешнего и грядущих поколений»<sup>2</sup>. В этом смысле Конвенция претендует, хотя и в самой общей форме, на защиту прав будущих поколений и таким образом выходит далеко за рамки иных международных документов в данной сфере, которые сфокусированы на этических проблемах современной медицинской практики и медико-биологических исследований. Однако основное нормативное содержание Конвенции связано с защитой прав участников исследований, выступающих в роли испытуемых.

Такой преимущественный акцент на защите прав испытуемых в значительной мере обусловлен тем, что биомедицинские исследования проводятся а *на* человеке как носителе определенных телесных и психических характеристик, составляющих объект таких исследований. Поскольку указанные характеристики неотделимы от личности, то возникает большая опасность превращения испытуемого в объект исследования, т.е. в средство достижения целей исследователя, заказчиков исследования, спонсоров и иных бенефициаров данного исследования. Преодоление этой опасности международное сообщество связывает с утверждением фундаментального этического принципа человеческого общежития, которое получило выражение

<sup>2</sup> Ibid.

в формуле кантовского категорического императива, требующего всегда относиться к человеку как к цели и никогда не относиться к нему только как к средству. Другая кантовская идея, предопределившая идеологию современной биоэтики, — это идея моральной автономии личности, квинтэссенция которой содержится в известном римском выражении «*Sapere aude*» (лат. «дерзай знать»). Лозунг «*Sapere aude*», который Кант перевел фразой «мужество пользоваться собственным умом» [Кант И., 1967: 27], биоэтика рассматривает в качестве своего рода кредо пациента-испытуемого, выражающего отказ от традиционной патерналистской модели отношений между врачом и пациентом. В этой принципиально новой парадигме пациент-испытуемый становится равноправным участником (партнером) врача-исследователя, что придает их отношениям договорный, т.е. правовой по сути характер.

Сильным импульсом к формированию правовой модели взаимодействия врача-исследователя и пациента-испытуемого стал шок, полученный мировым сообществом при осознании вопиющих нарушений прав человека в медицинских экспериментах [Тищенко П.Д., 2006: 21–22]. Осмысление этого впоследствии способствовало формированию биоэтики — уникальной сферы научно-практической деятельности, связанной как с формированием этических регуляторов для биомедицинской науки и практики<sup>3</sup>, так и с осуществлением регуляции посредством деятельности этических комитетов<sup>4</sup>, ориентированной, в конечном итоге, на очерчивание «границ допустимого манипулирования жизнью и смертью человека» [Силуянова И.В., 2001: 14].

Наиболее полную правовую конкретизацию биоэтическая идеология получила в Конвенции по биоэтике, в которой нашел отражение весь современный биоэтический кодекс с его принципами «делай благо», «не навреди», автономии личности и справедливости и правилами правдивости, конфиденциальности и информированного согласия [Тищенко П.Д., Юдин Б.Г., 1998: 15–19]. Значение этого пока единственного международного нормативно-правового акта определяется острой необходимостью гармонизации (а в перспективе — унификации) законодательства разных стран в области биомедицинских исследований. В условиях крайне неравномерного и вы-

---

<sup>3</sup> Изначально под биоэтикой понималась система моральных ценностей в сфере экологии, биологии и медицине, способная защитить биосферу от агрессивного давления со стороны технократической цивилизации. Впоследствии эту так называемую глобальную биоэтику, разработанную американским биохимиком В. Поттером, стали сводить главным образом к этическим проблемам биомедицины. Однако очевидно, что уже в ближайшее время потенциал глобальной биоэтики, ряд принципиальных положений которой созвучен идеям теории ноосферы В.И. Вернадского, будет вновь востребован.

<sup>4</sup> Правовой статус этических комитетов в общих чертах определен в ст. 9–12 Дополнительного протокола к Конвенции по биомедицинским исследованиям. К настоящему времени сложилась целая сеть таких комитетов, охватывающая наднациональный и национальный уровни биоэтического регулирования.

соко конкурентного научно-технологического развития современных государств гармонизация законодательства, регламентирующего отношения в области биомедицинских исследований, является условием обеспечения универсальных правовых гарантий достоинства человека, значение которых существенно усиливается опасностью превращения отдельных стран в биомедицинские полигоны. Кроме того, отсутствие общепринятого подхода к гарантиям прав человека как участника биомедицинских исследований создает конкурентные преимущества странам, где исследователи не связаны в должной мере этическими ограничениями. Все это обуславливает актуальность правового анализа положений Конвенции, направленного на поиск возможностей повышения ее регулятивного потенциала. С учетом того, что ключевые положения Конвенции представляют собой итог юридической конкретизации принципов и правил биоэтики, особое значение приобретает философско-правовое осмысление ее нормативного содержания.

Методология подобного анализа в существенной степени предопределяется типом правопонимания, лежащим в его основе. С точки зрения проблемы соотношения права и морали (а это по сути главный философско-правовой критерий классификации типов правопонимания), можно выделить три конкурирующих подхода: юридико-позитивистский (разграничивающий нормы права и морали по основанию их легализации в действующем законодательстве), естественно-правовой (отождествляющий эти феномены<sup>5</sup>) и либертарно-юридический (трактующий право в качестве социального явления, обладающего собственным сущностным признаком, отличающим его и от властного произвола в форме закона, и от норм общественной морали) [Нерсесянц В.С., 2002: 3–15].

Для юридического позитивизма биоэтика — сфера деятельности, связанная с выработкой моральных регуляторов, которая при необходимости может быть частично преобразована в так называемое биоправо в результате «возведения в закон принципов и практики биоэтики и наделения их законодательными санкциями»<sup>6</sup>. Хотя обновленный юридический позитивизм имеет устойчивые позиции в мировой правовой науке и практике, его положение в сфере биомедицины остается подорванным тем, что в свое время этот подход был теоретической опорой тоталитарного насилия, особенно

---

<sup>5</sup> Сторонники такого подхода полагают, что не стоит «усматривать контрастное черно-белое изображение там, где реальность характеризуется оттенками серого» и не видят «особых причин укладывать ситуацию в прокрустово ложе дефиниций» [Фуллер Л., 2007: 156].

<sup>6</sup> По вопросу соотношения биоэтики и биоправа в литературе сложились два основных подхода, связанные с их разграничением по основанию «легализации согласованных принципов и практик биоэтики и наделения их законодательными санкциями» (когда биоправо понимается как результат такой легализации) и с их отождествлением в рамках своего рода континуума (где биоэтика плавно переходит в биоправо) [Poland S., 2005: 1–6].

проявившегося в медицинских экспериментах над людьми. В настоящее время философско-правовую основу биоэтики, как правило, составляют светские (реже — религиозные) версии юснатурализма, в которых биоэтические морально-правовые принципы и нормы рассматриваются как единый регулятивный комплекс. В пользу юснатурализма сейчас «работает» нарастающая опасность технологической дегуманизации, затрагивающая уже не только человеческие взаимоотношения, но и самого человека как представителя определенного биологического вида. В этой ситуации вновь (как уже не раз было в истории человечества) актуализируется архаическое противопоставление естественного и искусственного начал, которое «предстает как объективно необходимая форма защиты (своеобразные «сдержки и противовесы» природы против культуры) «естественного» (вне человека и в нем самом) от опасностей и угроз «искусственного»» [Нерсисянц В.С., 2002: 24].

Однако при всех достоинствах этого человекоцентристского типа правопонимания у него есть существенные внутренние дефекты, связанные с необоснованностью претензий морали на статус общезначимого регулятора. Нормы общественной морали по природе своей партикулярны, т.е. обусловлены общественным сознанием отдельного социума, чей этический консенсус они выражают<sup>7</sup>. Это значит, что, будучи применены к представителям иного социума, подобные нормы вполне могут оказаться формой произвола.

Очень показательным, что после бурных многовековых дискуссий между юридическим позитивизмом и юснатурализмом вдруг оказалась, что в ситуации, когда взрывной характер развития НБИК-технологий вплотную подвел человеческую историю к черте, за которой возможно так называемое постчеловеческое будущее и на подступах к которой человечество должно сделать экзистенциальный (возможно, самый трудный в его истории) выбор, принципиальные различия между этими доктринами на практике полностью нивелировались. И позитивисты, для которых любой произвол становится правом, если облекается в форму закона, и юснатуралисты, считающие, что моральные нормы могут и должны получать закрепление в законе, в данном случае едины: и те, и другие исходят из того, что моральные принципы биоэтики можно закрепить в нормативно-правовом акте. Данное обстоятельство дает основания усомниться в адекватности каждого из этих типов правопонимания и поискать иной подход к проблеме соотношения права и морали.

Таким третьим подходом является либертарно-юридическая теория, с позиций которой право — это самостоятельное социальное явление, обла-

---

<sup>7</sup> Показательно, что греческое слово «этика» происходит от слова «этос», означавшего жилище, латинское «мораль» — от слова, означавшего нрав, обычай, устойчивый порядок [Гусейнов А.А., 1995: 3–4]. Об этимологии русского слова «нравственность» красноречиво свидетельствует пословица: «В каждой норе свой норов».

дающее собственной сущностью, что позволяет отличить его и от властного произвола в форме закона, и от морали. Сущность права трактуется здесь как формальное равенство людей в их *свободе*, а итогом применения к людям равной меры является *справедливость* как правовая категория, имманентно связанная с равенством. Этот подход не сводит этическую составляющую философии к философии морали. Отвечая на вопрос: является ли право этически нейтральным, имеет ли оно ту же природу, что и общественная мораль, или обладает собственным этическим принципом, данный тип правопонимания исходит из того, что право — это нормативная система, основанная на специфически правовом (сущностном для права) принципе различения добра и зла: добро для права — это равенство в свободе, а зло — это неравенство в форме произвола. С точки зрения данного подхода, биоэтика включает в себя релевантную ей проблематику права и предстает как сфера взаимодействия сущностно различных подсистем этической регуляции — моральной и правовой, — каждая из которых имеет свой предмет регулирования. При этом надлежащая взаимодополняемость данных нормативных подсистем способна существенно усиливать их общий регулятивный потенциал в пространстве отношений, относящихся к предмету биоэтики. Поэтому далее мы будем руководствоваться либертарным правопониманием, в наибольшей степени отвечающим запросам современного общества на выработку четких, эмпирически верифицируемых критериев отграничения права как меры свободы от всех многочисленных форм произвола.

Если подойти к оценке указанных выше биоэтических принципов с позиций правового принципа формального равенства, то можно сказать, что, хотя в практическом плане для адекватной юридической конкретизации этих принципов предстоит еще многое сделать, с теоретической точки зрения проблемными являются лишь два из них — принцип справедливости и принцип «делай благо». Что касается принципов «*не навреди*» и *автономии личности*, то они представляют собой конкретизацию принципа формального равенства, согласно которому свобода одного человека может быть реализована, пока она не нарушает свободу другого человека и ценности общего блага, которые являются условием реализации свободы. В зависимости от социального контекста данная абстрактная формула может быть облечена и в жестокий принцип талиона, и в возвышенный категорический императив И. Канта<sup>8</sup>, и в правовые нормы, компенсирующие уязвимость статуса испытуемого в современных биомедицинских исследованиях. Какое обличье она приобретает в той или иной исторической ситуации, зависит в конечном итоге от смысла, которым общество наполняет понятие свободы.

<sup>8</sup> В рамках либертарно-юридического правопонимания кантовский категорический императив, трактуемый самим И. Кантом в качестве высшего принципа нравственности, предстает как «модификация принципа формально-правового равенства» [Нерсесянц В.С., 2006: 623].

Для юридической интерпретации двух других биоэтических принципов наибольшую сложность составляет осмысление *принципа справедливости*, от той или иной трактовки которого будет зависеть и понимание принципа «*делай благо*», и возможности его юридической интерпретации. В настоящее время смысловое пространство теорий справедливости задано двумя основными ментальными традициями европейской правовой культуры: античной, основанной на идее внутренней взаимосвязи права и политической справедливости, определяемой через равенство (когда справедливым считалось такое устройство полисной жизни, когда каждый занимается своим делом, не захватывая при этом чужого и не лишаясь своего), и христианской, в рамках которой понимание справедливости тяготеет к милосердию. В первом случае справедливость — это правовая категория, определяемая через равенство в свободе, а во втором — моральная категория, где принцип равенства растворен в безграничном пространстве милосердия.

В связи с этим следует отметить, что конкретизация в нормах Конвенции биоэтического принципа справедливости в целом не противоречит принципу формального равенства и целиком находится в русле положений «Международных этических принципов биомедицинских исследований с участием человека», принятых в 1993 г. Советом международных организаций медицинских наук. Согласно этому документу, под справедливостью в биомедицинских исследованиях понимается равномерное распределение бремени и выгод от участия в исследованиях. Отступление от принципа равномерности возможно лишь на основании морально значимых различий между людьми, одним из которых является уязвимость — неспособность в силу ряда причин защитить собственные интересы (т.е. неспособность дать информированное согласие, получить альтернативные средства медицинской помощи или иные дорогостоящие предметы первой необходимости, а также подчиненное положение в системе иерархических отношений)<sup>9</sup>. С точки зрения принципа формального равенства указанные здесь «морально значимые различия между людьми», предопределяемые их биологической или социальной уязвимостью, трактуются как юридически значимые различия, которые должны быть преодолены системой компенсаций в виде правовых гарантий, нацеленных на преодоление указанных различий в мере, в какой это не затрагивает права других лиц. В полном соответствии с принципом правовой компенсаторности как одной из модификаций принципа формального равенства, главное внимание в Конвенции уделено правам паци-

---

<sup>9</sup> Council for International Organizations of Medical Sciences. Prepared by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the World Health Organization (WHO). Geneva, 1993. Available at: URL: // [https://cioms.CH "wp...Guidelines ... Biomedical ... Involving\\_Human...](https://cioms.ch/wp...Guidelines...Biomedical...Involving_Human...) (дата обращения: 03.03.2019)

ентов-испытуемых и направлено на компенсацию социобиологической слабости этого круга лиц в их взаимодействии с врачом-исследователем.

Особняком в ряду биоэтических принципов, анализируемых с позиций понимания справедливости как равенства в свободе, стоит принцип «*делай благо*» (beneficence), который, в отличие от остальных, не поддается юридической интерпретации. В основе принципа благотворительности, который называют «основным принципом биоэтики, восходящим к этическому учению Парацельса [Асеева И.А., Никитин В.Е., 2002: 15], лежит идея милосердия как любви к ближнему. Не оспаривая колоссального значения великой христианской идеи, отметим, что она не релевантна сфере права: у человека нет права на милосердие, т.е. права на благотворительность ни со стороны частных лиц, ни со стороны государства, ни даже со стороны врачей. Попытка соединить идеи равенства и милосердия в рамках концепта «равного права на милосердие» [Силуянова И.В., 2001: 180], опирающегося на концепцию права как минимума нравственности В.С. Соловьева, неубедительна. В свое время эту концепцию аргументированно раскритиковал Б.Н. Чичерин, отмечавший, что безграничная по своей природе сфера милосердия не поддается количественному измерению [Чичерин Б.Н., 1998: 491]. Различие между правом и нравственностью (общественной моралью) определялось им как качественная разница между законом справедливости, требующим воздавать каждому свое, и законом любви, предписывающим жертвовать собой во имя ближнего. У человека нет права на любовь, но у него есть право на равную с другими свободу, конкретизация которого в условиях современного социального правового государства предполагает максимально возможную правовую компенсацию его незаслуженной социобиологической слабости. Путем такой соразмерной (а значит — правовой по своей сути) компенсации, наполняющей принцип формального равенства социальным содержанием, в рамках права взаимно обогащаются «хорошо проверенные формулы римских юристов, рациональные системы греческих философов и страстные заклинания еврейских пророков» [Перельман Х., 2013: 225].

В Конвенции по биоэтике этот сугубо моральный принцип взаимоотношений врача и пациента получил нормативное закрепление в ст. 2, согласно которой «интересы и благо отдельного человека превалируют над интересами общества или науки». В формулировке данной статьи вызывает вопрос уже то, что в основополагающем положении Конвенции, посвященной защите прав человека, говорится не о правах, а об интересах человека и о его благе. Между тем право человека (если это действительно право по своей сути) является итогом согласования правообразующих интересов отдельного человека с правообразующими интересами любого другого человека (в том числе и врача-исследователя), а через них — с интересами общества, государства и человечества в целом. Когда же речь идет об интересах и благе

человека, то подробное согласование не подразумевается. Замена категории «право» на категорию «интерес» в нормативно-правовом акте о защите прав человека — это весьма необычное для правовой практики решение вопроса<sup>10</sup>, которое при определенном развитии событий может иметь далеко идущие последствия.

То же самое относится и к категории «благо», смысловое наполнение которого, кстати, остается здесь неясным: имеется ли в виду лишь здоровье как нематериальное личное благо или речь идет о гораздо более широком каталоге благ, охватываемых понятием «достоинство человека»? Если благо, о котором говорится в ст. 2 Конвенции, сводится к здоровью человека, то его правовое выражение и защита осуществляется посредством права человека на охрану здоровья. При этом правовая охрана здоровья как блага отдельного человека предполагает согласование пределов охраны этого блага с возможностью охраны здоровья иных субъектов права, а также с теми ценностями общего блага, которые являются необходимым условием реализации блага каждого не только на охрану здоровья, но и на защиту иных прав и свобод человека и гражданина. Весь этот комплекс взаимосогласованных притязаний, выраженный понятием «право человека на охрану здоровья», не равнозначен концепту, обозначенному в ст. 2 как «интересы и благо отдельного человека». Еще более сложный комплекс притязаний на правовую защиту будет нуждаться в согласовании, если под благом имеется в виду достоинство человека — категория, лежащая в основе всей системы прав и свобод человека и гражданина.

В Пояснительном докладе к Конвенции, подготовленном по просьбе Руководящего комитета по биоэтике Совета Европы и представляющим собой авторитетный научный комментарий к Конвенции, предпринята попытка смягчить ригоризм формулировки ст. 2. В докладе сказано, что в этой статье преимущество «отдается интересам человека, которые *в принципе* (*курсив мой — В.Л.*) должны иметь перевес перед интересами науки или общества в случае коллизии между ними»<sup>11</sup>. Если трактовать появившееся здесь слово «в принципе» в контексте другого тезиса доклада о том, что индивида необ-

---

<sup>10</sup> Показательно, что во Всеобщей декларации ЮНЕСКО о геноме человека и правах человека, принятой 11.11. 1997, обозначен иной подход к рассматриваемой проблеме. Так, согласно ст. 10 Декларации, «никакие исследования в области генома человека... не должны превалировать над уважением *прав человека* (*курсив мой — В.Л.*), основных свобод и человеческого достоинства отдельных людей или, в соответствующих случаях, групп людей». См.: Всеобщая декларация о геноме человека и правах человека. Available at: URL: // [https:// Consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc...INT...3146](https://Consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc...INT...3146) (дата обращения: 30.04.2019)

<sup>11</sup> Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (item 21). Strasbourg: Council of Europe, 1997. Available at: URL: // [https:// coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention](https://coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention) (дата обращения: 03.03.2019)

ходимо рассматривать так же, как составную часть социального целого, разделяющего некоторые общие этические принципы и регулируемого правовыми нормами», то видно, что авторами предлагается такая интерпретация ст. 2 Конвенции, которая допускает отклонение от принципа приоритета интересов и блага человека, когда его статус как «части социального целого» приобретает особое значение. Скорее всего, имеются в виду ситуации, когда интересы и благо пациента требуют такого совершенствования его телесных или психических характеристик, которое выходит за рамки лечения и может вступить в противоречие с задачами сохранения человечества как биологического вида и социальной общности.

С другой стороны, заложенный в ст. 2 безоговорочный и безграничный приоритет интересов и блага отдельного человека над интересами как науки, так и общества, заинтересованного в научном прогрессе, включает в сферу своего влияния интересы и благо лиц, чье человеческое достоинство будет ущемлено, если им придется вступать в социальную конкуренцию с представителями «улучшенного человечества». Кроме того, к числу таких субъектов, чьи интересы преобладают над интересами науки, следует отнести и тех ученых, кто, осознав опасность создаваемых ими биотехнологий, решит придать свои опасения гласности, вступая таким образом в конфликт с коллегами, спонсорами, государственными структурами и т.д.

Возможность столь различных по своему содержанию интерпретаций рассматриваемой нормы означает, что прямой перенос в ст. 2 Конвенции морального принципа «делай благо» породил высокую степень неопределенности. Это, как известно, противоречит природе права, поскольку неопределенность в толковании правовой нормы всегда означает отступление от правового принципа формального равенства. Данное обстоятельство создает проблемы имплементации рассматриваемой нормы в национальное законодательство и ее последующей юридической конкретизации. Подобные проблемы необходимо снять либо путем принятия нормативных международно-правовых актов соответствующего уровня, либо путем толкования Конвенции Европейским судом по правам человека (поскольку согласно ст. 29 Конвенции ЕСПЧ может в надлежащей порядке, «не ссылаясь непосредственно на какое-либо конкретное дело, находящееся в судопроизводстве, выносить консультативные заключения по юридическим вопросам, касающимся толкования настоящей Конвенции»). До сих пор ст. 29 не применена, хотя ЕСПЧ активно ссылается в своих решениях на положения Конвенции по биоэтике.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Список дел ЕСПЧ, в которых есть ссылка на Конвенцию по биоэтике см.: Bioethics and the case-law of the Court (Research Report). Council of Europe: European Court of Human Rights, 2016. P. 113–114. URL: // <https://coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention> (дата обращения: 03.03.2019)

Есть основания полагать, что юридическая некорректность формулировки данной статьи является одним из факторов, препятствующих ее подписанию. На данный момент, т.е. спустя более 20 лет со дня принятия Конвенции, ее подписали лишь 35, а ратифицировали 29 государств-членов Совета Европы (хотя Конвенция открыта для подписания и государствами, не входящими в Совет). При этом Дополнительный протокол к Конвенции о биомедицинских исследованиях, принятый в 2005 г., ратифицировали всего 11 государств<sup>13</sup>. Не подписала Конвенцию и Россия, хотя возражений против ее положений на официальном уровне никогда не было. По мнению специалистов, подписание этого акта тормозится российским медико-биологическим сообществом, опасаящимся, что некоторые его положения будут препятствовать развитию отечественной биомедицины. Показательно, что в заявлении участников российской программы «Геном человека» содержится уточнение формулировки ст. 2 Конвенции: под «отдельным человеком», интересы и благо которого «превалируют над интересами общества или науки», здесь предложено понимать лишь «испытуемых, доноров биологических материалов или пациентов»<sup>14</sup>. Однако это очевидное, на первый взгляд, уточнение не соответствует претензиям Конвенции на охват также и тех отношений, которые выходят за рамки биомедицинских исследований в сферу использования их результатов. И здесь мы подходим к гораздо более сложной проблеме отношений между биомедициной и обществом по поводу применения биотехнологий.

## **2. Отношения между наукой и обществом по поводу угроз, связанных с применением биотехнологий**

В Конвенции по биоэтике данная проблема получила отражение в Преамбуле; в упомянутой уже ст. 2; в ст. 13, согласно которой вмешательство в геном человека может быть осуществлено лишь в медицинских целях и лишь при условии, что оно не направлено на изменение генома его наследников; в ст. 14, где запрещается использование технологий для определения пола ребенка, если это не обусловлено медицинскими целями; в ст. 18, запрещающей создание эмбриона человека в исследовательских целях, а также в двух Дополнительных протоколах к Конвенции (о запрещении клонирования человеческих существ от 12 ноября 1998 г. и о биомедицинских исследованиях от 25 января 2005 г.). Вопросы, составляющие предмет данного нормативно-

---

<sup>13</sup> Сайт Отдела по биоэтике Совета Европы. 2015. Available at: URL: // <https://coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention> (дата обращения: 10.03.2019)

<sup>14</sup> Заявление участников российской программы «Геном человека». Available at: URL: // [https://vivovoco.astronet.ru/VV/PAPERS/MEN/GEN\\_ETHICS.HTM](https://vivovoco.astronet.ru/VV/PAPERS/MEN/GEN_ETHICS.HTM) (дата обращения: 11.03.2019)

го комплекса в настоящее время, активно обсуждаются в рамках современного философского дискурса [Habermas J., 2002: 72; Fukuyama F., 2002: 256; Kurzweil R., 2005: 672; Harari Y.N., 2016: 330]. В центре этих дискуссий находится проблема усовершенствования человека путем биотехнологических манипуляций и прежде всего — генной инженерии.

Осмысление опасностей, которыми чревато неконтролируемое применение биотехнологий (и, прежде всего, технологий по совершенствованию телесных, психических и когнитивных характеристик человека), выходит на мировоззренческие вопросы, затрагивающие фундаментальные основы человеческого бытия. При этом наряду с проблемами, которые в принципе могут быть решены с помощью права хотя бы на теоретическом уровне, человечество сталкивается здесь и с такими вызовами, перед которыми право пока бессильно. Суть этих вызовов, в конечном итоге, сводится к отсутствию ответов на два ключевых вопроса: хочет ли человек оставаться человеком, т.е. биосоциальным существом, обладающим разумом и свободной волей, а если да, то может ли он воздержаться от такого вторжения в свою природу, которое чревато необратимыми качественными изменениями его биологических характеристик. Подобная постановка вопросов обусловлена тем, что в свете набирающих популярность проектов трансгуманизма, защищающих «благополучие всех существ, наделенных чувствительностью, включая... любые будущие искусственные интеллекты, модифицированные формы жизни либо иные виды разума, к которым может привести технологическое и научное развитие»<sup>15</sup>, подход общества к направлениям и пределам применения биотехнологий никак нельзя признать консолидированным<sup>16</sup>. Нет единства в этом вопросе и в научном сообществе.

В настоящее время правовые ограничения, которые ставят на пути неконтролируемого развития биотехнологий международные акты и законодательство многих стран, не способны обеспечить сколько-нибудь надежную защиту. И подобные ограничения даже в самом общем их начертании декларируются далеко не всеми государствами.

Между тем в условиях жесточайшей научной, экономической и политической конкуренции в сфере биотехнологического развития, отсутствие тех или иных правовых и моральных ограничений становится важным конкурентным преимуществом. Нельзя недооценивать и тот факт, что члены мировой элиты, распоряжающиеся большими деньгами и имеющие реальную власть, вряд ли всерьез заинтересованы в торможении биотехнологического

---

<sup>15</sup> Transhumanist Declaration. Available at: URL: // <https://philosophy/transhumanist-declaration> (дата обращения: 12.02.2019)

<sup>16</sup> Как показывают социологические исследования во многих странах мира, существует четко выраженная зависимость между чувствительностью к сфере биотехнологий и уровнем социально-экономического развития сообщества [Тищенко П.Д., 2008: 73].

развития, обещающего создание могущественной во всех отношениях касты сверхлюдей. Возьмем для примера широко обсуждаемую возможность редактирование генома человеческого эмбриона с целью создания так называемых «дизайнерских детей». На этот счет в Конвенции о биоэтике (ст. 13) есть четко сформулированный запрет. Однако эта европейская Конвенция ратифицирована даже далеко не всеми членами Совета Европы, а действующие в других регионах и странах мира нормативно-правовые акты в данной сфере отличаются большим разнообразием. При этом существенное значение для реального, а не декларируемого отношения разных государств к данной проблеме имеет отсутствие механизмов международного контроля за проведением биомедицинских исследований. Более того, контроль за теми процессами, которые происходят за закрытыми дверями лабораторий (особенно если это лаборатории частных фармацевтических компаний), крайне затруднен даже на внутрисударственном уровне.

Мы сталкиваемся с вызовом такого масштаба, перед которым пасует современное социогуманитарное знание, вынужденное обращаться за помощью к общественному и религиозному сознанию. Показательна позиция Ю. Хабермаса, который делает в этом вопросе ставку на мудрость коммуникативного разума, рассчитывая на возможность в каждом случае применения биотехнологий получить в ходе коммуникативного дискурса ответ на вопрос, ведет ли генетическая самотрансформация человечества к росту автономии отдельного человека или, напротив, подрывает нормативное самоопределение личности. В конечном итоге именно сохранение возможности такого дискурса между автономными субъектами, способными оказывать друг другу «равное уважение», и является для него главным критерием при решении проблем биоэтики [Тищенко П.Д., 2004: 309–332].

Не менее выразительно и то обстоятельство, что либеральная философия, которая, начиная с Нового времени, считала вслед за И. Кантом, что мораль не нуждается в религии, выступает сейчас в лице Ю. Хабермаса за возвращение религии в пространство интеллектуальных дискуссий, провозглашает формирование постсекулярного общества [Хабермас Ю., 2008: 1–2] и признает, что религия сохраняет в себе нечто такое, что утрачено в других областях [Хабермас Ю., Ратцингер Й., 2006: 65]. Таким образом, в условиях опасности дегуманизации, порождаемой развитием новейших технологий, философия стремится заручиться поддержкой религии и разделить с ней ответственность за решение экзистенциальных проблем человечества, стоящих в повестке дня.

Весьма осторожно ведут себя и национальные законодатели, которые перекадывают решение наиболее острых проблем регулирования отношений в области биомедицинских исследований на систему этических ко-

митетов, охватывающую структуры разного уровня — от этических комитетов лечебных учреждений до Национальных комитетов по биоэтике при государственных комиссиях по делам ЮНЕСКО. Можно сказать, что такие комитеты, куда входят (во всяком случае, должны входить) не только эксперты в области биомедицины, но и философы, юристы, священнослужители, а также общественные деятели — модель коммуникативного разума, на который уповает Ю. Хабермас. Особенность этих принципиально новых центров принятия решений заключается в том, что здесь «философия, религия, наука, медицина, практическая мудрость «людей с улицы» оказываются равноправными и в равной степени (хотя в разном отношении) ответственными за разрешение проблем жизни и смерти, которые возникают в острейших биоэтических ситуациях» [Тищенко П.Д, 2001: 76]. Однако, с другой стороны, решение сложнейших, метафизических по своей сути вопросов посредством подобия социального консенсуса вызывает и вполне понятные опасения<sup>17</sup>.

В целом в настоящее время поиск реальных путей социального контроля за развитием биотехнологий идет преимущественно в моральной плоскости: главными регуляторами оказываются общественная мораль, корпоративная мораль медико-биологического сообщества и индивидуальная мораль исследователей. Существенная особенность нормативного регулирования этой сферы отношений на данном этапе в том, что право здесь выступает скорее в роли фактора, препятствующего защите общечеловеческих интересов от угроз технологической дегуманизации, ибо дает возможность исследовательским коллективам, их спонсорам, соответствующим частным фирмам и государственным структурам возможность скрыться от социального контроля с помощью таких правовых инструментов, как интеллектуальная собственность, коммерческая тайна, государственная тайна и т.д.

В этой ситуации особое значение приобретает индивидуальная мораль ученого. Здесь нельзя не вспомнить, что в свое время стратегический паритет между США и СССР, удержавший мир от ядерной катастрофы, был достигнут во многом благодаря тому, что советская разведка получала информацию от ученых, работавших над Манхэттенским проектом. Однако в наши дни опрометчиво рассчитывать на мораль и мужество отдельных лиц, особенно памятуя, что биотехнологический прогресс несет в себе далеко не столь очевидную опасность, как ядерное оружие. Поэтому исключительно важным направлением поисков баланса правовых и моральных регуляторов в сфере создания и применения биотехнологий должно, по-видимому, стать

---

<sup>17</sup> Как отмечает, в частности, Б.И. Моисеев, проявляющаяся в деятельности этических комитетов тенденция к тому, чтобы решать проблемы метафизического уровня, «ограничиваясь конвенциональными подходами, т.е. результатами компромисса между представителями разных дисциплин и слоев общества», не соответствует глубине, масштабу и опасности стоящих перед человечеством проблем [Моисеев Б.И., 2018: 4].

обеспечение гарантий прав исследователей в русле ст. 24 и 29 Конвенции по биоэтике. Согласно ст. 24, государства должны принимать меры по пересмотру проектов биомедицинских исследований, «если таковое оправдано в свете появления новых научных данных в ходе проведения исследований». А ст. 28 ориентирует на то, «чтобы фундаментальные проблемы, связанные с прогрессом в области биологии и медицины... были подвергнуты широкому общественному обсуждению... то же самое относится и к проблемам, связанным с практическим использованием достижений биомедицинской науки и практики». Развитие этих положений и перевод их в нормы национального законодательства предполагает поиск соразмерности между необходимостью защиты, с одной стороны, прав интеллектуальной собственности, коммерческой и государственной тайны, а, с другой стороны, — права исследователя на обнародование своих опасений с целью предотвращения того вреда, который могут нести биотехнологии человечеству в целом.

## **Заключение**

Впечатляющие успехи биомедицины и, прежде всего, в изучении генома человека, которые в обозримой перспективе обещают существенный прорыв в повышении качества и продолжительности человеческой жизни, одновременно с этим уже сейчас ставят перед человечеством ряд поистине экзистенциальных вызовов. Осмысление этих вызовов и поиск адекватных ответов на них — важнейшая задача социальной философии как системы знаний об основах человеческого бытия и юриспруденции как науки о свободе в ее нормативном выражении и государственном (публично-властном) признании. Надлежащее соединение потенциалов этих наук в рамках биоэтики и, прежде всего, в сфере изучения взаимодействия права и морали могло бы способствовать столь необходимой сейчас гармонизации (а в перспективе — унификации) национального законодательства, регламентирующего исследования в области биомедицины и практики применения биотехнологий.

Потребность в создании наднационального правового пространства, в рамках которого на базе общих принципов и правил обеспечивалось бы как осуществление биомедицинских исследований и развитие биотехнологий, особенно актуальна применительно к геномным исследованиям и генной инженерии. Ведь, как гласит ст. 1 Всеобщей декларации о геноме человека и о правах человека, геном человека «лежит в основе изначальной общности всех представителей человеческого рода, а также признания их неотъемлемого достоинства и разнообразия»<sup>18</sup> и знаменует собой достояние челове-

---

<sup>18</sup> Всеобщая декларация о геноме человека и о правах человека от 11 ноября 1997. Available at: URL: // <https://docs.cntd.ru/document/901818154> (дата обращения: 03.03.2019)

ства. Это означает, что представители всех национально-этнических групп и социокультурных общностей человечества в равной мере заинтересованы как в прогрессе геномных исследований, так и в снижении связанных с ними рисков и угроз. Данная потребность усиливается тем, что геномные исследования представляют собой высоко конкурентную сферу деятельности, где идет научное соперничество за приоритет в открытии нового знания, экономическое — за рынки соответствующих медицинских услуг, политическое — между государствами за возможность не только улучшить качество жизни своих граждан, но и обеспечить более высокий уровень национальной биобезопасности. Последний момент придает этой конкуренции особую остроту. Сложившийся на данном этапе отрыв отдельных государств в овладении генно-инженерными технологиями от остального мира, а также неэффективность наднационального контроля над геномными исследованиями и использованием их результатов дают основание говорить о необходимости создания принципиально новой системы международной безопасности<sup>19</sup>, контуры которой пока не определены даже в самом первом приближении.

Все более актуальной становится и правозащитная функция биоэтики в области геномных исследований и применения соответствующих технологий. Во всем мире обсуждается информация о рождении в Китае первых генетически модифицированных детей: речь идет об эксперименте китайского ученого Хе Цзянькуя с генетическим редактированием эмбрионов, в результате которого родились девочки-близнецы с врожденной устойчивостью к заражению ВИЧ. Ученому грозит уголовное преследование, но не за нарушение норм научной деятельности (в ходе которой, по мнению специалистов, применялась технология, не гарантировавшая безопасность эксперимента), а, как считают власти Китая, за сопутствующие преступления, связанные с коррупцией и подделкой документов, необходимых для получения разрешения на исследования. Между тем его эксперимент может весьма болезненным (во всяком случае — непредсказуемым пока) образом сказаться и на судьбе лиц, вовлеченных в него в качестве испытуемых, и на судьбе их будущих поколений, и на судьбах человечества в целом.

В 2015 г. вопрос о возможности редактирования генома человеческого эмбриона обсуждался на Международном саммите по редактированию генов человека, созванном ведущими специалистами в данной области из Национальной академии наук США, Института медицины Китайской академии наук и Королевского общества Лондона. В принятом на саммите Заявлении его участники, по сути, объявили временный мораторий на использование

---

<sup>19</sup> Выступление директора Курчатковского института в Совете Федерации 30.09. 2015. Available at: URL: // <https://trv-science.ru/2015/10/08...mikhaila-kovalchuka...sf/> (дата обращения: 03.05. 2019)

метода генного редактирования человеческого эмбриона, подлежащего имплантации с целью наступления беременности. При этом они призвали к организации постоянно действующего форума по данной проблеме, отметив, что по мере развития научных знаний и общественных взглядов, ограничения на клиническое редактирование человеческого эмбриона следует регулярно пересматривать на международном уровне. Хотя каждая нация, как сказано в Заявлении, имеет право регулировать соответствующую деятельность под своей юрисдикцией, геном человека является общим для всех наций и «международное сообщество должно стремиться к установлению норм, обеспечивающих приемлемый подход к редактированию человеческого эмбриона и к гармонизации правил, с тем, чтобы препятствовать неприемлемой деятельности и содействовать укреплению здоровья и благосостояния человека»<sup>20</sup>.

Такой подход в полной мере соответствует положению ст. 13 Конвенции по биоэтике, согласно которой «вмешательство в геном человека, направленное на его модификацию, может быть осуществлено лишь в профилактических, диагностических или терапевтических целях и только при условии, что оно не направлено на изменение генома наследников данного человека». Однако данную Конвенцию подписали пока 35 государств-членов Совета Европы, а ратифицировали лишь 29 государств<sup>21</sup>, при этом, как показал казус Хе Цзянькуя, многочисленные рекомендательные нормы (пусть даже и высокого международного уровня) явно недостаточны.

Идея так называемого технологического императива, суть которого в том, что человечество не сможет остановиться в технологическом развитии даже перед угрозой собственной гибели, по-видимому, впервые получает столь явное подтверждение. В связи с этим весьма показательным, что информированный в области новейших технологий К. Шваб (организатор и многолетний президент Всемирного экономического форума в Давосе) в работе, ставшей манифестом четвертой технологической революции, еще в 2016 г. с уверенностью говорил, что «вскоре следует ожидать появления спроектированных младенцев, обладающих конкретными качествами или устойчивостью к определенным заболеваниям» [Шваб К., 2016: 22]. Другой, тоже весьма информированный, хотя и в иной сфере — в области истории человечества — израильский историк Ю. Харари уверенно утверждает, что человечество, несмотря на все опасения, будет стремиться идти по пути апгрейда, т.е. совершенствования своей природы с помощью новейших, в том

---

<sup>20</sup> On Human Gene Editing: International Summit Statement. Available at: URL: // [https:// www8.nationalacademies.org](https://www8.nationalacademies.org) “opinews... (дата обращения: 5.05.2019)

<sup>21</sup> Конвенция о правах человека и биомедицине / Таблица подписаний и ратификаций. Available at: URL: // [https://.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention](https://coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention) (дата обращения: 11.05.2019)

числе и биомедицинских, технологий. Выбор такого пути, включает он, «может быть грандиозной ошибкой. Но история полна грандиозных ошибок» [Харари Ю., 2019: 71].

Все это диктует необходимость с максимальной полнотой использовать правовой потенциал сформированного к настоящему времени массива международных актов, регламентирующих рассматриваемую сферу отношений. Несмотря на значительный объем международных документов, так или иначе касающихся геномных исследований, основная регулятивно-правовая нагрузка приходится на региональный международно-правовой нормативный акт — Конвенцию Совета Европы о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины и на Дополнительные протоколы к ней. Поэтому философско-правовой анализ данного нормативно-правового акта под углом зрения проблемы соотношения права и морали, а также в целом разработка данной проблематики в контексте организации и осуществления социогуманитарной экспертизы биотехнологического развития становятся актуальными направлениями работы в области теории и философии права.



### **Библиография**

- Асеева И.А., Никитин В.Е. Биомедицинская этика. Курск: Курск.мед. ун-т, 2002. 96 с.
- Гусейнов А.А. Великие моралисты. М.: Республика, 1995. 351 с.
- Кант И. Ответ на вопрос: что такое просвещение? / Кант И. Собр. соч. в 6-ти томах. Т.6. М.: Мысль, 1966. С. 25–35.
- Моисеев Б.И. От биоэтики к биофилософии //Философские проблемы биологии и медицины. 2018. Вып. 12. С. 4–8.
- Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция//Вопросы философии. 2002. N 3. С. 3–15.
- Нерсесянц В.С. Право и культура: Предмет и проблемы юридической аксиологии. М.: РУДН, 2002. С. 5–65.
- Нерсесянц В.С. Философия права. М.: Норма, 2006. 830 с.
- Перельман Х. Три аспекта справедливости // Правоведение. 2013. N 2. С. 211–225.
- Силуянова И.В. Биоэтика в России: ценности и законы. М.: Грантъ, 2001. 192 с.
- Тищенко П.Д. Био-власть в эпоху биотехнологий. М.: ИФРАН, 2001. 139 с.
- Тищенко П.Д. Новейшие биомедицинские технологии: философско-антропологический анализ (Анализ идей либеральной евгеники Ю. Хабермасом)/Вызов познанию: Стратегии развития науки в современном мире /отв. ред Н.К. Удумян. М.: Наука, 2004. С. 309–332.
- Тищенко П.Д. Биоэтика: автономия воли и власть (от Канта до Фуко) / Рабочие тетради по биоэтике. Биоэтика: антропологические проблемы / под ред. Б. Г. Юдина. М.: Моск. гуманит. ун-т, 2006. С. 14–31.
- Тищенко П.Д. История и теория этической регуляции биомедицинских исследований / отв. ред. Б.Г. Юдин. М.: Моск. гуманит. ун-т, 2007. С. 16–32.

Тищенко П.Д. Этические проблемы развития биотехнологий / Этические проблемы развития биотехнологий // Журнальный клуб «Биоэтика и гуманитарная экспертиза». 2008. N 2. С. 55–82.

Тищенко П.Д., Юдин Б.Г. Проект «Геном человека»: этические и правовые нормы. М.: Комитет биоэтики РАН, 1998. С. 9–24.

Фуллер Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. 305 с.

Хабермас Ю. Будущее человеческой природы. На пути к либеральной евгенике? М.: Весь Мир, 2002. 144 с.

Хабермас Ю. Постсекулярное общество — что это? Часть первая // Российская философская газета. 2008. N 4. С. 1–2.

Хабермас Ю., Ратцингер Й. Диалектика секуляризации. О разуме и религии. М.: Библейско-богословский институт, 2006. С. 39–76.

Харари Ю. Номо Deus. Краткая история будущего. М.: Синдбад, 2018. 402 с.

Чичерин Б.Н. Избранные труды. СПб: Санкт-Петерб. ун-т, 1998. 553 с.

Шваб К. Четвертая промышленная революция. М.: ЭКСМО, 2016. 136 с.

Fukuyama F. (2002) *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 256 p.

Harari Y. (2016) *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow*. London: Harvill, 330 p.

Kurzweil R. (2005) *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*. N.Y.: Basic Books, 672 p.

Poland S. (2005) *Bioethics, Biolaw and Western Legal Heritage*. Washington: Georgetown University, 8 p.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 2

### International Regulation of Relations of Biomedicine: Interaction of Law and Morality



**Valentina V. Lapaeva**

Chief Researcher, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences. Address: 10 Znamenka Str., Moscow, Russian Federation. E-mail: lapaeva07@mail.ru



#### Abstract

At the international level, relations in the field of biomedicine are governed by mass of documents with statements containing in most cases principles and rules of bioethics, which are not compulsory. The conversion of these ethical norms to the level of national law requires their proper legalisation, and the relevant international legal acts and first of all the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the application of biology and medicine should be its reference standard. The analysis shows that only one of all bioethical principles, “beneficence”, stipulated in Article 2 of the Convention (according to which “interests of society and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science”), did not receive an adequate legal interpretation. The legal incorrectness of this article’s wording,

dealing not with human rights, but with human interests and well-being, is one of the factors that hinders the signing of the Convention. At the same time, this formulation is not accidental: the Convention's intention not only to ensure the rights of subjects during biomedical researches, but also to protect those human interests, that may suffer from the dehumanising effect of biotechnologies, was expressed in it. At present, this regulatory potential of the Convention, aimed according to its Preamble to protect benefit of future generations, has not received proper development. In practice, the search for real guarantees from the negative impact of biotechnologies on the evolution of mankind as a biological genus and social community goes in the field of the public morality, the corporate morality of the biomedical community and the individual morality of researchers. Moreover, the latter is perhaps the main (though not reliable) defence against the uncontrolled development of biotechnologies. In this situation, an important direction of efforts to find the optimal balance of legal and moral regulators in the field of creation and application of biotechnologies should be guaranteeing the rights of researchers to publicise their fears about the harm that biomedical technologies are able to carry for the whole humanity.



### Keywords

law, morality, international regulation, biomedical research, biotechnology, principles of bioethics, Convention on bioethics, approaches towards understanding of law.

**Acknowledgments:** the work is supported by RFBR (the project № 18-29-14009).

**For citation:** Lapaeva V.V. (2019) International Regulation of Biomedicine: Interaction of Law and Morality. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 22–44 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.22.44



### References

- Aseeva I.A., Nikitin V.E. (2002) *Biomedical Ethics*. Kursk: University, 96 p. (in Russian)
- Chicherin B.N. (1998) *Selected Works*. Saint Petersburg: University, 553 p. (in Russian)
- Fukuyama F. (2002) *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 256 p. (in Russian) Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik? Frankfurt am Main: Suhrkamp, 72 p. (in German)
- Fuller L. (2007) *Moral of Law*. Moscow: IRISEN, 305 p. (in Russian)
- Habermas Ju. (2002) *The Future of the Mankind*. Moscow: Ves' Mir, 144 p. (in Russian)
- Habermas J. (2008) Postsecular society — what is it? *Rossiyskaya filosofskaya gazeta*, no 4, pp. 1–2 (in Russian)
- Habermas J., Ratzinger Y. (2006) *Dialectics of secularization*. Moscow: Bibleiskobogoslovskiy institute, pp. 39–76 (in Russian)
- Harari Y. (2016) *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow*. Moscow: Sindbad, 402 p. (in Russian)
- Kant I. (1966) Answer to the Question: What is Enlightenment. *Collected Works*. Vol. 6. Moscow: Mysl', pp. 25–35 (in Russian)
- Kurzweil R. (2005) *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*. N.Y.: Basic Books, 672 p. (in English)

- Moiseev B.I. (2018) From Bioethics to Biophilosophy. *Filosofskie problemi biologii i medicine*, issue 12, pp. 4–8 (in Russian)
- Nersesyants V.S. (2002) Philosophy of Law. *Voprosy filosofii*, no 3, pp. 3–15 (in Russian)
- Nersesyants V.S. (2002) Law and Culture. *Pravo i kultura*. N.S. Sokolova (ed.). Moscow, RUDN, pp. 5–65 (in Russian)
- Nersesyants V.S. (2006) *Philosophy of Law*. Moscow: Norma, 830 p. (in Russian)
- Perel'man H. (2013) Three Aspects of Equity. *Pravovedenie*, no 2, pp. 211–225 (in Russian)
- Poland S. (2005) *Bioethics, Biolaw, and Western Legal Heritage*. Washington: Georgetown University, 8 p.
- Siluyanova I.B. (2001) Bioethics in Russia: Values and Laws. Available at: [http://Platona.net/~...silujanova\\_bioehtika...cennosti\\_zakony](http://Platona.net/~...silujanova_bioehtika...cennosti_zakony) (accessed: 03.03.2019)
- Schwab K. (2016) *Fourth Industrial Revolution*. Moscow: EKSMO, 136 p. (in Russian)
- Tishchenko P.D. (2001) *Biopower in the Era of Biotechnologies*. Moscow: IFRAN, 139 p. (in Russian)
- Tishchenko P.D. (2004) The Latest Biomedicine Technologies. *Vyzov poznaniyu: Strategii razvitiya nauki v sovremennom mire*. Moscow: Nauka, pp. 309–332 (in Russian)
- Tishchenko P.D. (2006) Bioethics: Autonomy of Will and Power. *Bioetika: antropologicheskiye problemy*. Moscow: Humanitarian University, pp. 14–31 (in Russian)
- Tishchenko P.D. (2007) *History and Theory of Ethics in Biomedical Studies*. Moscow: IFRAN, pp. 16–32 (in Russian)
- Tishchenko P.D. (2008) Ethical Issues of Biotechnology. *Intelros «Bioethica i humanitarnaya expertiza»*, no 2, pp. 55–82 (in Russian)
- Tishchenko P.D., Yudin B.G. (1998) *Human Genome: Ethics and Law*. Moscow: Komitet bioetiki RAN, pp. 9–24 (in Russian)

# Проблемный результат отечественного правотворчества: законодательное установление охраны «жизни или здоровья животных и растений»

---



**Д.Б. Горохов**

ведущий научный сотрудник отдела экологического и аграрного законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: julia7709@yandex.ru

---



## **Аннотация**

В статье дан результат комплексного исследования новой правовой категории — «жизнь или здоровье животных и растений», присутствующей в нескольких действующих и проектируемых федеральных законах. Цель исследования, проведенного с использованием формально-юридического и системного методов, а также метода моделирования, выяснить, какова корреляция этой категории с законодательством и правовой системой в целом. Доказывается, что исследованные нормы противоречат положениям Конституции и всему остальному законодательству России, более того — фундаментальным основам права, относящего животных и растения не к субъектам, а к объектам правоотношений. Конструкция критикуемых норм такова, что потерпевшими от административного правонарушения и кредиторами по возмещению вреда жизни и здоровью должны признаваться не только люди, но и животные и растения. Анализ судебной практики показывает, что эти нормы не принесут пользы в деле защиты животных от жестокого обращения, а объектов животного мира, растений, леса и лесных ресурсов — от истребления, незаконного использования и вредных последствий хозяйственной деятельности человека, поскольку они не применимы на практике. Обнаружена причина проникновения норм о защите «жизни или здоровья животных и растений» в российское законодательство: неадаптированная имплементация формулировок некоторых международных договоров России без учета особенностей российской правовой системы. Анализ публикаций по теме свидетельствует о попытках научного обоснования сомнительной легитимации, что подтверждает авторскую гипотезу о возможной угрозе деформации российской правовой доктрины. Названы и классифицированы ошибки, ставшие причиной критикуемого состояния отдельных норм федеральных законов. Обоснована необходимость приведения терминологии и содержания отдельных критикуемых норм в соответствие с положениями Конституции России и нормами федеральных законов в сферах охраны здоровья граждан и окружающей среды, природопользования, защиты имущественных прав физических и юридических лиц. В связи с этим даны рекомендации к планированию и согласованности предлагаемой работы на стадии правотворчества, использованию юридической технологии.

---



## Ключевые слова

правовой режим животных и растений, гуманное отношение к животным, юридическая защита «жизни или здоровья животных и растений», ответственность за причинение вреда «жизни или здоровью животных и растений», правосубъектность животных и растений, техническое регулирование, имплементация международно-правовых норм, правотворчество.

---

**Для цитирования:** Горохов Д.Б. Проблемный результат отечественного правотворчества: законодательное установление «жизни или здоровья животных или растений» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 45–78.

УДК: 340

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.45.78

## Введение

Животные и растения являются не субъектами, а объектами различных правоотношений. Это — аксиома. Однако в отдельных актах российского законодательства, а также в некоторых проектируемых нормах содержатся положения, «переводящие» животных и растения из объектов правоотношений в категорию субъектов. К такому выводу приводит анализ Федерального закона от 27.12.2002 №184-ФЗ «О техническом регулировании» (далее — Закон о техническом регулировании)<sup>1</sup>, Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее — КоАП РФ, КоАП), проектов нового КоАП и Кодекса об административной ответственности<sup>2</sup>. Применительно к животным та же тенденция прослеживается в федеральных законах от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (далее — Закон об обращении лекарственных средств)<sup>3</sup> и от 27.12.2018 № 498-ФЗ «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон о животных)<sup>4</sup>.

Названные действующие и проектируемые законы оперируют категорией «жизнь или здоровье животных и растений» либо «жизнь или здоровье жи-

---

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

<sup>2</sup> Проект Кодекса об административной ответственности внесен в Государственную Думу 30.10.2015 депутатом А.А. Агеевым. Проект отклонен постановлением Государственной Думы № 4681-7 ГД от 25.07.2018 // СПС «КонсультантПлюс». Проект Кодекса об административных правонарушениях внесен в Государственную Думу 18.12.2015 депутатами В.А. Васильевым, В.Н. Плигиным, С.А. Поповым, Д.Ф. Вяткиным и В.А. Поневежским. Проект закона отклонен постановлением Государственной Думы № 4685-7 ГД от 25.07.2018 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2010. № 16. Ст. 1815.

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2018. № 53 (ч. 1). Ст. 8424.

вотных», дающей повод для рассуждений об ограниченной правосубъектности или квази-правосубъектности животных и растений. Такой подход законодателя не согласуется с конституционными нормами. В Конституции Российской Федерации заложена основа правосубъектности, принадлежащей человеку и гражданину<sup>5</sup>. В главе 1 «Основы конституционного строя» Конституции человек, его права и свободы закреплены в качестве высшей ценности [Зорькин В.Д., 2014: 79–80, 467–469]. Обязанностью государства является признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина (ст. 1).

Российская Конституция устанавливает охрану жизни и здоровья исключительно человека, поскольку Россия — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие именно человека (ст. 7). Животные и растения в Конституции не упоминаются, используется универсальное понятие «природные ресурсы». Для природных ресурсов устанавливается иной, чем для субъектов правоотношений, правовой режим: они могут находиться в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности (ст. 9). При этом земля и другие природные ресурсы используются и охраняются как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории. Владение, пользование и распоряжение природными ресурсами осуществляется их собственниками свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц (ст. 41). Декларируется обязанность каждого субъекта правоотношений сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам (ст. 58). Животные (сельскохозяйственные, домашние и пр., находящиеся в неволе) и растения как объекты права собственности подпадают под действие ст. 35, устанавливающей право человека и гражданина иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им.

В Конституции последовательно проведено различие между субъектами правоотношений — человеком и гражданином и окружающей его средой, включая природные ресурсы, к которым относится животный и растительный мир, в том числе лес, а также между сельскохозяйственными, домашними и прочими животными и растениями, выступающими объектами правоотношений.

В наши дни устоявшиеся подходы к вопросам правосубъектности подвергаются серьезному переосмыслению прежде всего в связи с цифровизацией, диктующей необходимость новых правовых решений: это и проблемы юридически значимой идентификации «цифровой личности» в правовом

<sup>5</sup> См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации. М., 1994. С. 56–61, 147–156.

пространстве, и «цифровые права личности» (такие, как право на доступ к Интернет-ресурсам и «право на забвение в Сети») [Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н., 2018: 94–95]. Острой становится проблема правосубъектности роботов, которые способны осуществлять самостоятельные действия и адаптироваться к окружающей среде [Гаджиев Г.А., Войниканис Е.А., 2018: 24–48]. На наш взгляд, вопрос о правосубъектности животных и тем более растений никак нельзя ставить в один ряд с названными проблемами даже в порядке аналогии, нельзя говорить об их ограниченной правосубъектности или квази-правосубъектности. По существу речь должна идти лишь о развитии давно признанного российским гражданским правом принципа гуманного отношения к животным, чему нисколько не противоречит их правовой режим объектов правоотношений. Животные наделены чувствами и, являясь имуществом, не могут рассматриваться только как вещи, они должны быть защищены от жестокого обращения.

Автор целиком разделяет идею законодательной гуманизации отношения к животным, но выступает решительно против непродуманных и нежизнеспособных способов ее реализации, которые не могут принести пользы в этом благородном деле, но могут нанести вред правовой системе.

## **1. Категория «жизнь или здоровье животных и растений» в отдельных законодательных актах Российской Федерации**

1.1. Впервые термин «жизнь или здоровье животных и растений» (здесь и далее курсив мой. — прим. авт.) появился в Законе о техническом регулировании. Ключевым для темы статьи является определение «безопасности продукции и связанных с ней процессов производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации» (ст. 2 Закона). Безопасность определяется как состояние, при котором отсутствует недопустимый риск, связанный с причинением «вреда жизни или здоровью граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений». В определении понятия «риск» также указана вероятность причинения вреда жизни или здоровью не только граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, но и «жизни или здоровью животных и растений с учетом тяжести этого вреда». Среди целей принятия технических регламентов в ст. 6 Закона наравне с защитой жизни или здоровья граждан указана защита жизни или здоровья животных и растений. Отмеченные формулировки носят декларативный характер, но декларацией законодатель не ограничился.

Так, в соответствии с Законом о техническом регулировании ветеринарно-санитарными и фитосанитарными мерами могут предусматриваться требования к продукции, методам ее обработки и производства, процедурам испытания продукции, инспектирования, подтверждения соответствия, карантинные правила, в том числе требования, связанные с перевозкой животных и растений, необходимых для обеспечения жизни или здоровья животных и растений во время их перевозки (п. 9 ст. 7).

Уполномоченный Правительством России федеральный орган исполнительной власти должен организовать постоянные учет и анализ всех случаев причинения вреда вследствие нарушения требований технических регламентов жизни или здоровью граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений с учетом тяжести этого вреда, а также обеспечить информирование приобретателей, в том числе потребителей, изготовителей и продавцов, о ситуации в области соблюдения требований технических регламентов (п. 12 ст. 7).

Обратим особое внимание на следующие положения Закона о техническом регулировании. Если в результате несоответствия продукции требованиям технических регламентов, нарушений требований технических регламентов при осуществлении связанных с требованиями к продукции процессов проектирования (включая изыскания), производства, строительства, монтажа, наладки, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации причинен вред жизни или здоровью граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений или возникла угроза причинения такого вреда, изготовитель (исполнитель, продавец, лицо, выполняющее функции иностранного изготовителя) обязан возместить причиненный вред и принять меры в целях недопущения причинения вреда другим лицам, их имуществу, окружающей среде в соответствии с законодательством (п. 3 ст. 36).

Таким образом, Закон о техническом регулировании в части охраны жизни и здоровья «уравнял» граждан (субъектов правоотношений) с животными и растениями (объектами правоотношений). Конструкция норм Закона о техническом регулировании такова, что потерпевшими от правонарушения и кредиторами по возмещению вреда жизни и здоровью должны признаваться не только люди, но и животные и растения.

Необъяснимо, почему законодатель не видит различия в правоотношениях, возникающих в связи с охраной жизни и здоровья граждан и охраной животных и растений в качестве природного ресурса, компонента окружающей среды или имущества. Критикуемая формула о жизни или здоровье

животных и растений присутствовала в Законе о техническом регулировании с момента его принятия (2002 г.). За 16 лет после его принятия он подвергался изменениям 25 раз<sup>6</sup>. Подчеркнем, что при такой законодательной активности многочисленные поправки не коснулись формулы «причинение вреда жизни или здоровью животных и растений» либо «создание угрозы причинения вреда жизни или здоровью животных и растений».

1.2. Критикуемые нормы указанного Закона проникли и в действующий КоАП РФ<sup>7</sup> почти через девять лет после его принятия. Федеральным законом от 18.07.2011 № 237-ФЗ<sup>8</sup> в КоАП внесены изменения в части установления ответственности за причинение «вреда жизни или здоровью животных и растений», включая «угрозу причинения такого вреда». В результате критикуемая формулировка содержится в следующих статьях КоАП: ч. 2 ст. 9.4 «Нарушение обязательных требований в области строительства и применения строительных материалов (изделий)»; ч. 2 ст. 14.43 «Нарушение изготовителем, исполнителем (лицом, выполняющим функции иностранного изготовителя), продавцом требований технических регламентов»; ч. 3 ст. 14.44 «Недостоверное декларирование соответствия продукции»; ч. 2 ст. 14.46 «Нарушение порядка маркировки продукции, подлежащей обязательному подтверждению соответствия».

Перечисленные нормы формулируют составы правонарушений, устанавливают требования к субъектам экономической (хозяйственной, предпринимательской) деятельности, а за их нарушение предусматривают ответственность. На основании этих норм на практике должны осуществляться квалификация правонарушений, назначение наказания виновным, а также возмещение потерпевшим (кредиторам) причиненного вреда их жизни или здоровью. Напомним, что «потерпевшие» — животные и растения. В КоАП РФ включено требование Закона о техническом регулировании, что вред жизни или здоровью животных и растений подлежит возмещению с учетом тяжести этого вреда. Имеющиеся составы правонарушений являются квалифицированными, у них выше общественная опасность и тяжесть последствий, за их совершение предусматривается повышенная ответственность по сравнению с ответственностью за совершение правонарушений, квалифицируемых по основным составам.

Правомерны вопросы: каким способом установить факт причинения вреда здоровью пострадавшего животного или растения, как определить степень

---

<sup>6</sup> Использован текст закона в редакции всех изменений по состоянию на январь 2019 г., включая редакцию Федерального закона от 29.07.2017 № 216-ФЗ // СЗ РФ. 2017. № 31 (ч. I). Ст. 4765).

<sup>7</sup> Использован текст КоАП по состоянию на январь 2019 г., включая редакцию Федерального закона от 27.12.2018 № 570-ФЗ // СЗ РФ. 2018. № 53 (ч. I). Ст. 8496.

<sup>8</sup> СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. I). Ст. 4585.

его тяжести? Какой орган должен этим заниматься? Применительно к человеку такой вред определяется в виде легкого расстройства здоровья, средней тяжести и тяжкого вреда здоровью. По отношению к животным и растениям юридический порядок определения и оформления вреда здоровью, влияющего на их жизнеспособность, не установлен. Аналогия с человеком в этом случае неприменима. Как в такой ситуации работать правоприменителям и как воспользоваться своим правом и реализовать его «потерпевшим»? Поставленные вопросы применительно к животным и растениям звучат абсурдно, но они прямо следуют из норм, содержащихся в Законе о техническом регулировании и КоАП.

Критикуемые нормы действующего КоАП были инкорпорированы в проекты Кодекса об административной ответственности и нового Кодекса об административных правонарушениях без каких-либо изменений.

1.3. С критикуемыми нормами Закона о техническом регулировании связан и Закон об обращении лекарственных средств. Он регулирует одновременно обращение медицинских лекарственных средств (используемых для лечения людей) и обращение ветеринарных лекарственных средств (применяемых для лечения животных) [Путило Н.В., 2017: 5–210]. Такой подход последовательно выдержан в названном Законе<sup>9</sup>.

В структуре Закона, состоящего из 16 глав и 71 статьи, нет отдельной главы, посвященной исключительно ветеринарным лекарственным средствам. Имеется лишь несколько норм, устанавливающих специфику регулирования их обращения (п. 36 ст. 4, ч. 3 ст. 14, ст. 17, ст. 31, ч. 3 ст. 33, ч. 11 ст. 46, ч. 4 ст. 55). В ст. 4 Закона дано единое определение «лекарственных средств» (п. 1) и не содержится определения понятия «ветеринарные лекарственные средства». Лишь по логике основных определений, данных в ст. 4 Закона, можно сделать вывод, что все лекарственные средства разделяются на две группы: лекарственные средства медицинского применения и лекарственные средства ветеринарного применения. Предметом регулирования большинства статей Закона является обращение лекарственных средств и медицинского, и ветеринарного применения, лишь 3 из 16 его глав посвящены лекарственным средствам исключительно медицинского применения<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Необычный подход к выбору предмета регулирования Закона об обращении лекарственных средств, а также особенностей терминологии и содержания его норм специалисты не замечают.

<sup>10</sup> Глава 7 «Клинические исследования лекарственных препаратов для медицинского применения, договор об их проведении, права пациентов, участвующих в этих исследованиях»; гл. 12 «Государственное регулирование цен на лекарственные препараты для медицинского применения»; гл. 15 «Ответственность за нарушение законодательства Российской Федерации при обращении лекарственных средств и возмещение вреда, причиненного здоровью граждан вследствие применения лекарственных препаратов».

Формула, подвергаемая нашей критике — «жизнь или здоровье человека либо животного», неоднократно применяется в Законе об обращении лекарственных средств. На предупреждение риска причинения вреда или угрозы «жизни или здоровью человека либо животного» направлен фармаконадзор<sup>11</sup>, осуществляемый уполномоченным федеральным органом исполнительной власти (ст. 64). В частях 2–5 названной статьи варьируются понятия «риск», «угроза» и «вред» «жизни или здоровью человека либо животного». Результатом осуществления фармаконадзора может быть принятие уполномоченным федеральным органом исполнительной власти решения о приостановлении применения лекарственного препарата. В частности, такое решение может быть принято при получении информации о нежелательных реакциях при применении лекарственного препарата, не указанных в инструкции по его применению, о серьезных нежелательных реакциях, об особенностях его взаимодействия с другими лекарственными препаратами, которые могут представлять угрозу жизни или здоровью человека либо животного (ст. 65).

Важное значение для исследуемой темы имеет гл. 15 Закона, посвященная ответственности за нарушение законодательства при обращении лекарственных средств и возмещения вреда, причиненного здоровью граждан вследствие применения лекарственных препаратов. И в наименовании главы, и в двух ее статьях (ст. 68, 69) речь идет исключительно о вреде, причиненном здоровью граждан. Следует отметить как положительный тот факт, что в эти нормы не включена критикуемая формула о вреде здоровью животных применительно к возмещению причиненного вреда их жизни или здоровью. Выше уже отмечены проблемы, неизбежно встающие в практике применения норм КоАП, корреспондирующих требованию Закона о техническом регулировании о том, что вред жизни или здоровью животных и растений подлежит возмещению с учетом тяжести этого вреда.

Вместе с тем неясно, почему Законом об обращении лекарственных средств, в котором последовательно сформулированы нормы, направленные на защиту «жизни или здоровья животных» наряду с защитой жизни и здоровья человека, не предусматривается такая защита в виде возмещения вреда собственникам (владельцам) животных. Речь идет о гражданах, физических лицах и юридических лицах, принадлежащие которым животные пострадали от применения фальсифицированных, недоброкачественных или контрафактных лекарственных средств. Это явное упущение законода-

---

<sup>11</sup> «Фармаконадзор» — вид мониторинга лекарственных препаратов, направленный на выявление, оценку и предотвращение нежелательных последствий их применения (п. 52.1 ст. 4 Закона об обращении лекарственных средств); см. также: Приказ Росздравнадзора от 15.05.2017 № 1071 «Об утверждении Порядка осуществления фармаконадзора». Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 21.03.2017)

теля, в результате которого в созданном с помощью Закона об обращении лекарственных средств механизме защиты от небезопасных и неэффективных лекарственных средств ветеринарного применения отсутствует важнейший элемент — ответственность за реально причиненный животному вред с юридической гарантией его возмещения.

Итак, Закон об обращении лекарственных средств проникла критикуемая формула в части охраны «жизни или здоровья животных», что свидетельствует об укреплении тенденции к «переводу» животных и растений в категорию субъектов правоотношений. Вместе с тем данный Закон не содержит норм о возмещении вреда «жизни или здоровью животных», ограничивая ответственность возмещением вреда здоровью граждан.

С одной стороны, отмеченное не вносит в законодательство еще больших противоречий и несогласованности, чем уже внесено Законом о техническом регулировании и нормами некоторых статей КоАП, но с другой порождает правовую неопределенность в вопросе защиты животных от небезопасных и неэффективных лекарственных средств и не дает юридической возможности возмещения вреда надлежащему потерпевшему, т.е. собственнику (владельцу) пострадавшего животного.

1.4. Закон о животных среди целей правового регулирования называет защиту животных, (а не защиту их жизни или здоровья), укрепление нравственности, соблюдение принципов гуманности, обеспечение безопасности и иных прав и законных интересов граждан при обращении с животными (ст. 1). В целом Закон довольно ограниченно оперирует формулой «жизнь или здоровье животных».

В ст. 3 формула «жизнь или здоровье животного» использована в определении понятия жестокого обращения с животными. Часть 2 ст. 15 («Требования к использованию животных в культурно-зрелищных целях и их содержанию») предусматривает, что условия использования животных не должны причинять вреда их жизни и здоровью, а ч. 6 запрещает использование лекарственных препаратов для ветеринарного применения и иных веществ, причиняющих вред здоровью животных; в ст. 17 («Общие положения деятельности по обращению с животными без владельцев») в качестве одной из целей такой деятельности названо оказание помощи животным, находящимся в опасном для их жизни состоянии (п. 5 ч. 1); в ст. 18 («Организация мероприятий при осуществлении деятельности по обращению с животными без владельцев») указано, что индивидуальные предприниматели и юридические лица, осуществляющие отлов животных без владельцев, несут ответственность за их жизнь и здоровье (п. 4 ч. 2).

Терминологически и содержательно Закон о животных вызывает много вопросов, особенно в части его согласованности с другими законами, в

том числе с Гражданским кодексом РФ (далее — ГК РФ). Например, не используется термин «собственник», вместо него вводится понятие «владелец животного» — физическое или юридическое лицо, которым животное принадлежит на праве собственности или ином законном основании. Новым для российского законодательства является понятие «животное без владельца»: под таковым понимается «животное, которое не имеет владельца или владелец которого неизвестен» (ст. 3). Введение этого термина является неоправданным, поскольку на языке гражданского законодательства «животные без владельца» называются иначе — «безнадзорные животные» (ст. 230 ГК РФ). В задачи автора в рамках настоящей статьи не входит анализ Закона о животных, однако и поверхностного взгляда достаточно, чтобы прогнозировать проблемы в его применении, если противоречия и несоответствия действующему законодательству и прежде всего ГК РФ начинаются уже с основных понятий, используемых в новом и долгожданном законе.

Многочисленные законодательные инициативы, направленные на устранение правового пробела в регулировании отношений по поводу животных, проходили под девизом его гуманизации. Однако законодательная гуманизация отношения к животным вовсе не требует отрыва правового регулирования от цивилистической основы, на которой оно традиционно базировалось. В результате принятия Закона о животных этот отрыв произошел, что, на наш взгляд, повлечет далеко идущие неблагоприятные последствия в правовом регулировании обращения с животными.

## **2. Несовместимость категории «жизнь или здоровье животных и растений» с отраслевым законодательством**

Нами было проведено скрупулезное исследование нескольких отраслей федерального законодательства для выяснения, существует ли корреляция правовой категории «жизнь или здоровье животных и растений» и законодательства, с которым эта категория должна быть органически связана — законодательством об охране здоровья, о ветеринарии и животноводстве, аграрным, экологическим и гражданским законодательством.

2.1. В сфере охраны здоровья базовым является Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее — Закон об основах охраны здоровья граждан)<sup>12</sup>. Все остальные законы и правовые акты, включающие в свой предмет регулирования «охрану здоровья» во взаимосвязи с защитой права на жизнь, должны быть скоординированы с этим Законом. Координация и согласованность

---

<sup>12</sup> СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

норм законодательства об охране здоровья граждан между различными нормативными правовыми актами в этой сфере регулирования рассматриваются специалистами [Габов А.В., Путило Н.В., 2015: 22–23, 27, 30]; [Хабриева Т.Я., Тихомиров Ю.А., 2015: 193–205]. Обратим внимание, что само понятие «здоровье», сформулированное в названном Законе, применимо исключительно к человеку: «Здоровье» — состояние физического, психического и социального благополучия человека, при котором отсутствуют заболевания, а также расстройства функций органов и систем организма (ст. 2). Среди принципов правового регулирования охраны здоровья, установленных в статьях 3, 4, 5 Закона, отметим следующие:

нормы об охране здоровья, содержащиеся в других федеральных законах, иных нормативных правовых актах, законах и иных нормативных правовых актах субъектов федерации, не должны противоречить нормам настоящего федерального закона;

в случае несоответствия норм об охране здоровья, содержащихся в других федеральных законах, иных нормативных правовых актах, законах и иных нормативных правовых актах субъектов федерации, нормам настоящего федерального закона применяются нормы настоящего федерального закона.

Приоритет Закона об основах охраны здоровья граждан над иными нормативными правовыми актами, имеющим тот же или сходный предмет регулирования означает и то, что они должны использовать терминологию названного Закона.

2.2. Федеральный закон от 30.03.1999 № 52-ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» (далее — Закон о санитарно-эпидемиологическом благополучии)<sup>13</sup> регулирует отношения, возникающие в области санитарно-эпидемиологического благополучия населения как одного из основных условий реализации конституционных прав граждан на охрану здоровья и благоприятную окружающую среду (ст. 4). Животные и растения как объекты правовой охраны в данном Законе не рассматриваются.

Законы об основах охраны здоровья граждан и о санитарно-эпидемиологическом благополучии терминологически и содержательно согласуются между собой и соответствуют положениям Конституции. При этом ни в Конституции, ни в этих федеральных законах нет упоминаний об охране жизни или здоровья и возмещении причиненного вреда животным и растениям. Оба федеральных закона обеспечивают охрану и благополучие в сферах здоровья, санитарии и эпидемиологии исключительно в интересах человека как субъекта правоотношений.

Теперь обратимся к федеральным законам, регулирующим отношения по охране окружающей среды, охране и использованию животного и расти-

<sup>13</sup> СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1650.

тельного мира. Коснемся и федерального законодательного регулирования аграрных отношений (в сфере сельского хозяйства).

2.3. Федеральный закон от 10.01.2002 № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (далее — Закон об охране окружающей среды)<sup>14</sup> имеет предметом регулирования отношения в сфере взаимодействия общества и природы, возникающие при хозяйственной и иной деятельности, связанной с воздействием на природную среду как важнейшую составляющую окружающей среды, являющуюся основой жизни на Земле, в пределах территории России, а также на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне России.

Этот Закон (ст. 2) подробно определяет сферы отношений, отрасли и институты законодательства, их регулирующие [Боголюбов С.А., 2010: 42–51]. Отношения в области охраны и рационального использования природных ресурсов, их сохранения и восстановления, регулируются международными договорами России, земельным, водным, лесным законодательством, законодательством о недрах, животном мире, иным законодательством в области охраны окружающей среды и природопользования. В Законе проведено различие между вредом окружающей среде, ее компонентам (природным ресурсам), включая объекты животного мира и растения, и вредом, причиненным здоровью и имуществу граждан. При этом указание на «жизнь или здоровье животных и растений» в этом Законе отсутствует: животные и растения выступают как объекты правоотношений.

2.4. Федеральный закон от 24.04.1995 № 52-ФЗ «О животном мире» (далее — Закон о животном мире)<sup>15</sup> регулирует отношения в области охраны и использования животного мира и среды его обитания в целях обеспечения биологического разнообразия, устойчивого использования всех его компонентов, создания условий для устойчивого существования животного мира, сохранения генетического фонда диких животных и иной защиты животного мира как неотъемлемого элемента природной среды (ст. 2). В этих целях данный Закон устанавливает комплекс ограничений и запретов на использование объектов животного мира (их особей, популяций), требований к осуществлению деятельности, связанной с использованием объектов животного мира.

Закон о животном мире развивает и конкретизирует положения Закона об охране окружающей среды соответственно предмету своего регулирования. Закон обеспечивает сохранение, воспроизводство объектов животного мира и среды их обитания, а не охрану «жизни или здоровья» диких животных. Термины «охрана здоровья», «угроза для жизни» в данном Законе применяются исключительно к человеку как обоснование необходимости

---

<sup>14</sup> СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 133.

<sup>15</sup> СЗ РФ. 1995. № 17. Ст. 1462.

регулирования численности объектов животного мира. Применительно к животным вредные последствия определены как возможный результат действий людей, которые могут привести к их «заболеванию, гибели, сокращению численности или нарушению среды обитания». Указание на «жизнь или здоровье животных» в этом Законе отсутствует, аналогий с такими понятиями, применяемыми к человеку, не предусматривается.

2.5. Закон РФ от 14.05.1993 № 4979-1 «О ветеринарии» (далее — Закон о ветеринарии)<sup>16</sup> ничего не говорит о «жизни животных» как объекте правовой охраны, применяется лишь термин «здоровье животных» (ст. 13, 14, 18) в контексте борьбы с болезнями животных и, особенно, с болезнями, общими для животных и человека, при этом никаких аналогий с защитой жизни и здоровья человека не проводится.

2.6. Федеральный закон от 03.08.1995 № 123-ФЗ «О племенном животноводстве» (далее — Закон о племенном животноводстве)<sup>17</sup> регулирует отношения в области разведения племенных животных, производства и использования племенной продукции (материала) во всех отраслях животноводства, включая птицеводство, звероводство и пчеловодство (ст. 4). Категория «жизнь или здоровье животных» в этом Законе не используется.

2.7. Лесной кодекс оперирует категориями «сохранение, использование, воспроизводство, охрана и защита лесов», «защита лесов». В частности, в ст. 54 указано, что защита лесов предусматривает выявление в лесах вредных организмов (растений, животных, болезнетворных организмов, способных при определенных условиях нанести вред лесам или лесным ресурсам) и предупреждение их распространения, а в случае возникновения очагов вредных организмов, отнесенных к карантинным объектам, — их локализацию и ликвидацию. Лес рассматривается как ценный природный ресурс, который должен использоваться способами, не наносящими вреда окружающей среде и здоровью человека.

2.8. Федеральный закон от 17.12.1997 № 149-ФЗ «О семеноводстве»<sup>18</sup> и Федеральный закон от 21.07.2014 № 206-ФЗ «О карантине растений»<sup>19</sup> предусматривают защиту растений и продукции растительного происхождения от болезней, но не защиту «жизни или здоровья растений».

2.9. Согласно ГК РФ, животные и растения — это объекты гражданских прав, прежде всего права собственности. К ним применяются понятия «вещи», «имущество» (ст. 128, 130, 209). Понятие «лес» в ГК не используется, термин «растения» встречается лишь в ст. 261 при перечислении объектов

<sup>16</sup> Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 24. Ст. 875.

<sup>17</sup> СЗ РФ. 1995. № 32. Ст. 3199.

<sup>18</sup> СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5715.

<sup>19</sup> СЗ РФ. 2014. № 30. (ч. 1). Ст. 4207.

права собственности, являющихся принадлежностью земельного участка и на нем находящихся. Животные упоминаются в пяти статьях ГК, устанавливающих особенности регулирования владения, пользования и распоряжения животными в качестве объектов гражданских правоотношений. К животным применяются общие правила об имуществе, но, как признано в доктрине, они выводятся в особую категорию «одушевленных вещей», и для их собственников (владельцев) устанавливается требование гуманного обращения; [Мохов А.А., Копылов Д.Э., 2006: 41]; [Садиков О.Н., 2006: 160]; [Васьковский Е.В., 2003: 116]; [Евсеев Е.Ф., 2009: 23–26]; [Валеев М.М., 2003: 33]; [Микрюков В.А., 2014: 48–55]; [Минина Е.Л., 2014: 80–88]; [Николюкин С.В., Уткина И.О., 2008: 19–27].

В ст. 137, 230–232, 241 ГК используются такие понятия, как «животные», «безнадзорные животные», «безнадзорный или пригульный скот», «безнадзорные домашние животные», а также «надлежащее содержание» и «домашние животные» при «ненадлежащем обращении» с ними. О защите «жизни или здоровья животных и растений» нет ни слова.

### **3. Юридическая ответственность за причинение вреда здоровью, имуществу, окружающей среде и природным ресурсам**

Причинение вреда является правонарушением, за совершение которого наступает юридическая ответственность, возникают и обязательства по его возмещению, причем независимо от вида правонарушения и применяемой ответственности: дисциплинарной, гражданской, административной, уголовной [Лазарев В.В., 2003: 228–239]; [Зенин И.А., 2007: 109–116, 136–141, 557–564]; [Белякова А.М., 1986: 111].

Данная позиция основывается на признанных в теории права учениях о том, что «правоотношение» — урегулированное нормами права общественное отношение, участники которого наделены соответствующими субъективными правами и обязанностями. В структуру правоотношения входит четыре элемента: объект, субъекты, субъективное право и юридическая обязанность. Правоотношение тесно связано с другой категорией — «правонарушение». Правонарушение имеет состав, элементами которого являются объективная и субъективная стороны [Наумов А.В., 1996: 115–156]; [Дююнов В.К., 2009: 82–85]. В нашем случае верное определение объекта и предмета правонарушения, на которые направлены общественно опасные деяния, приобретает особое значение.

Применительно к теме настоящей статьи речь идет об ответственности, установленной в критикуемых нами нормах законов за причинение вреда

«жизни или здоровью животных и растений», создание угрозы причинения вреда «жизни или здоровью животных и растений» и о его возмещении наравне с причинением вреда или угрозой его причинения человеку. Действительно, конструкция и содержание соответствующих норм законов о техническом регулировании, об обращении лекарственных средств<sup>20</sup> и четырех статей КоАП таковы, что категория «жизнь или здоровье» применяется в одинаковом значении и в одном перечне и к людям, и к животным, и к растениям<sup>21</sup>. Непосредственным объектом противоправного посягательства при буквальном толковании критикуемых норм является как «жизнь или здоровье» граждан — субъектов правоотношений, так и «жизнь или здоровье» животных и растений, которые тем самым из объектов правоотношений «трансформируются» в субъекты таковых. Немаловажно и то, что степень общественной опасности и тяжести вреда, причиняемого правонарушением в отношении граждан, животных и растений также идентичны, поскольку диспозиции и санкции статей КоАП одни и те же.

Проще говоря, законодатель оценивает одной мерой жизнь и здоровье человека и жизнь и здоровье животных и растений, оставляя назначение наказания на усмотрение суда, который вынужден применять одни и те же нормы и санкции к лицам, осуждаемым за причинение вреда жизни или здоровью граждан, и к лицам, привлекаемым к ответственности за причинение вреда «жизни или здоровью животных и растений». Таким образом, судья, руководствуясь своим субъективным правосознанием, в рамках одних и тех же статей и в пределах диапазона их санкций (нижнего и верхнего) должен в зависимости от последствий определить лицу соразмерное наказание: 1) за причинение вреда жизни или здоровью человека; 2) за причинение вреда жизни или здоровью животного; 3) за причинение вреда жизни или здоровью растения; 4) за причинение вреда жизни или здоровью в совокупности: как выборочно, так и всем упомянутым в диспозиции статьи потерпевшим — субъектам правоотношений.

В перечисленных нормах федеральных законов и КоАП приходится констатировать правовую неопределенность, влекущую коллизии и противоречия, вызванные ошибкой на стадии правотворчества в определении вида правоотношений, применяемой терминологии, предмета правового регулирования и как следствие — объекта посягательства и предмета администра-

<sup>20</sup> В отношении этого федерального Закона необходимо сделать оговорку: растения и применяемые к ним агрономические, фитосанитарные и прочие средства не являются предметом его регулирования, категория «жизнь или здоровье растений» не применяется. Однако наше наблюдение в полной мере применимо к животным.

<sup>21</sup> См.: ст. 2; п. 9, п. 12 ст. 7; п. 3 ст. 36 Закона о техническом регулировании; п. 1 ч. 13 ст. 34; ч. 2–5 ст. 64; ст. 65 Закона об обращении лекарственных средств; ч. 2 ст. 9.4; ч. 2 ст. 14.43; ч. 3 ст. 14.44; ч. 2 ст. 14.46 КоАП РФ.

тивного правонарушения. Следует отметить, что в доктрине экологического и природоресурсного права содержится верное понимание рассматриваемых категорий [Шуплецова Ю.И., 2016: 87–103]; [Кичигин Н.В., 2017: 239–268].

3.1. В КоАП правонарушения, посягающие на здоровье, сгруппированы в гл. 6 вместе с правонарушениями, посягающими на санитарно-эпидемиологическое благополучие населения и общественную нравственность. В статьях этой главы (ст. 6.3; 6.6; 6.7) отсутствуют указания на жизнь или здоровье животных и растений: ее нормы направлены исключительно на защиту человека. Именно человек является потерпевшим, а посягательство направлено на его здоровье, благополучие и общественную нравственность.

Напротив, понятия «животные» и «растения», включая лес, используются в КоАП применительно к правонарушениям, посягающим на право собственности и его объекты. Составы таких правонарушений определены в гл. 7 (ст. 7.9; 7.10; 7.11). К животным и растениям применима ст. 7.17 «Уничтожение или повреждение чужого имущества», несмотря на то, что они не названы в диспозиции статьи в качестве объектов посягательства. Понятия «животные», «объекты животного мира», «леса», «лесные ресурсы», «лесные насаждения», «деревья, кустарники, лианы» применяются также в КоАП при определении составов правонарушений в области охраны окружающей среды и природопользования (гл. 8), где являются непосредственными предметами посягательства<sup>22</sup>.

Животные и растения упоминаются в гл. 10 КоАП о правонарушениях в сельском хозяйстве, ветеринарии и мелиорации земель. Четыре статьи касаются животных<sup>23</sup> и девять применимы к растениям<sup>24</sup>. В этой главе используется, в частности, следующая терминология: «правила перевозки, перегона или убоя животных», «падеж животных», «карантин животных», «растения-сорняки», «вредители растений», «переработка, использование и реализация подкарантинной продукции». Нормы данной главы направлены исключительно на обеспечение безопасности в сфере сельского хозяйства и ветеринарии, но вовсе не на защиту «жизни или здоровья животных и растений». Как видим, этот термин никак не коррелирует с нормами глав 6–8, 10 КоАП и применительно к Кодексу в целом остается своеобразным «аксессуаром», перенесенным в четыре его статьи из Закона о техническом регулировании.

3.2. Переходя к анализу норм Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ), необходимо отметить, что ни в одной из его статей (включая ст. 245 «Жестокое обращение с животными») объектом посягательства

<sup>22</sup> К животным применимы ст. 8.29; 8.33; 8.35; 8.36; 8.37; 8.38 КоАП; к растениям — ст. 8.12; 8.24; 8.25; 8.26; 8.27; 8.28; 8.28.1; 8.30; 8.31, 8.32 КоАП.

<sup>23</sup> Ст. 10.6; 10.7; 10.8; 10.11 КоАП.

<sup>24</sup> Ст. 10.1; 10.2; 10.3; 10.4; 10.5; 10.5.1; 10.12; 10.13; 10.14 КоАП.

не является «жизнь или здоровье животных и растений» и такая терминология не применяется.

Все статьи УК РФ, направленные на защиту жизни и здоровья, терминологически и содержательно предусматривают только жизнь и здоровье человека. Это ясно видно уже по структуре Кодекса: раздел VII «Преступления против личности» содержит гл. 16 «Преступления против жизни и здоровья», в которой объединены насильственные преступления, направленные против жизни и здоровья человека. Например, в диспозиции ст. 105 «убийство» сформулировано как умышленное причинение смерти другому человеку. К животным термины «убийство», «причинение смерти» неприменимы: ст. 245 УК РФ говорит о «жестокое обращении, повлекшем гибель животного». В статьях 111–115 УК РФ, устанавливающих ответственность за причинение вреда здоровью человека, степень тяжести этого вреда подробно классифицирована в зависимости от опасности для жизни, утраты функций организма человека, ущерба общей и профессиональной трудоспособности.

Статья 245 УК РФ о жестоком обращении с животными включена в гл. 25 «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности». Соответственно объектом посягательства данного преступления являются общественная нравственность и отношения в области содержания животных, способов обращения с ними, а не их жизнь и здоровье. В статье 245 жестокое обращение с животным определяется как причинение ему «боли и (или) страданий», повлекших гибель или увечье, а о причинении вреда здоровью животного данная статья не упоминает. Таким образом, в УК РФ проведены последовательные терминологические и смысловые различия между охраной жизни и здоровья человека и защитой животных от жестокого обращения.

В случае умышленного уничтожения животных или растений, составляющих чужое имущество, если это деяние повлекло причинение значительного ущерба, применима ст. 167 УК РФ «Умышленное уничтожение или повреждение имущества», охранительная направленность которой — не защита жизни и здоровья животных и растений, а защита имущества. При наличии признаков жестокого обращения деяние подлежит квалификации по совокупности преступлений, предусмотренных ст. 245 и 167 УК РФ.

По структуре и терминологии УК РФ видно, что животные и растения рассматриваются как имущество, природные ресурсы, компоненты окружающей среды. Преступления, причиняющие вред окружающей среде, объединены в гл. 26 «Экологические преступления». В статьях данной главы используются термины «дикие животные», «рыбы», «водные биологические ресурсы», «морские млекопитающие», «лес», «лесные насаждения», «деревья, кустарники, лианы». Объект посягательства в статьях данной главы — природные ресурсы и окружающая среда, а не «жизнь или здоровье животных и растений».

Анализ норм КоАП и УК показывает, что животные и растения являются объектами их правовой охраны исключительно как природные ресурсы и компоненты окружающей среды или объекты имущества и права собственности с учетом принципа гуманности по отношению к животным, диктующего необходимость их защиты от жестокого обращения. Поэтому использованная в критикуемых нормах статей КоАП формула «жизнь или здоровье животных и растений» применительно к правоотношениям и составам правонарушений — очевидное противоречие в структуре, терминологии и содержании статей КоАП, нарушающее его взаимодействие и согласованность со статьями УК РФ.

3.3. Остановимся на вопросах возмещения вреда, регулируемых гражданским законодательством. Обязательствам вследствие причинения вреда посвящена гл. 59 ГК РФ. В понятии вреда в ст. 1064 ГК РФ указано на вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также на вред, причиненный имуществу юридического лица. Специальный § 2, выделенный в структуре данной главы ГК РФ определяет вред, причиненный жизни или здоровью. И в наименовании параграфа, и в каждой из его 10 статей (ст. 1084–1094) говорится исключительно о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина. Для гражданского законодательства животные и растения были и остаются объектами правоотношений и права собственности — имуществом. Ни оснований, ни порядка возмещения вреда, причиненного «жизни или здоровью животных и растений», ГК РФ не устанавливает.

3.4. Для полноты исследования необходимо проанализировать судебную практику, чтобы выяснить, нашла ли в ней отражение новая правовая категория «жизнь или здоровье животных и растений». По рассматриваемой проблеме судебная практика ранее специально не анализировалась. Однако работы коллег подтверждают нашу позицию, что животные и растения — это объекты правоотношений, и их жизнь или здоровье не является объектом правонарушения. Дела о вреде, который причиняется именно жизни или здоровью животных и растений, не являются предметом рассмотрения суда [Хабриева Т.Я., Лазарев В.В., 2017: 317–354].

В первую очередь следует обратить внимание на постановления Пленума Верховного Суда России, посвященные вопросам возмещения вреда жизни и здоровью. В Постановлении от 26.01.2010 № 1<sup>25</sup> ожидаемо не упоминается о животных и растениях. Нет упоминаний о животных и растениях и в Постановлении от 20.12.1994 № 10<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.01.2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>26</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20.12.1994 № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» // СПС «КонсультантПлюс».

В целях обеспечения единства судебной практики применения законодательства об ответственности за нарушения в области охраны окружающей среды и природопользования Пленум Верховного Суда принял два специальных постановления, в которых содержатся разъяснения и толкование норм, в том числе регулирующих возмещение вреда, причиненного объектам животного мира, охотничьим ресурсам и среде их обитания, лесам, иным растениям<sup>27</sup>. В этих постановлениях проведено четкое разграничение видов вреда, причиняемого вследствие нарушений требований законодательства в области охраны окружающей среды и природопользования: вред жизни и здоровью человека; вред имуществу граждан и юридических лиц; вред окружающей среде (ее компонентам — природным ресурсам). Верховный Суд строго придерживается терминологии природоохранных, природоресурсных федеральных законов, а также ГК, УК и КоАП. Критикуемую нами формулу «жизнь или здоровье животных и растений», содержащуюся в Законе о техническом регулировании и четырех статьях КоАП, Верховный Суд не использует, сами эти нормы не упоминает и не комментирует. Вероятно, Суд не счел необходимым давать им толкование.

Не ограничившись этим выводом, автор предпринял попытку исследовать судебные акты, вынесенные именно по факту совершения правонарушений, квалифицируемых по тем статьям КоАП, в которых содержится критикуемая формула<sup>28</sup>. Такие судебные акты были обнаружены. Однако во всех случаях действия (бездействие) по причинению вреда именно «жизни или здоровью животных и растений» не являлись событием и не входили в состав совершенного правонарушения и соответственно не являлись предметом рассмотрения суда<sup>29</sup>. В исследованных судебных актах критикуемая формула содержится исключительно как воспроизведение формулировок норм КоАП.

<sup>27</sup> См.: Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18.10.2012. №21 «О применении судами законодательства об ответственности за нарушения в области охраны окружающей среды и природопользования» и от 30.11.2017 №49 «О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении вреда, причиненного окружающей среде» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>28</sup> См. ч. 2 ст. 9.4 «Нарушение обязательных требований в области строительства и применения строительных материалов (изделий)», ч. 2 ст. 14.43 «Нарушение изготовителем, исполнителем (лицом, выполняющим функции иностранного изготовителя), продавцом требований технических регламентов», ч. 3 ст. 14.44 «Недостовверное декларирование соответствия продукции», ч. 2 ст. 14.46 «Нарушение порядка маркировки продукции, подлежащей обязательному подтверждению соответствия».

<sup>29</sup> См.: Постановление Верховного Суда РФ от 13.03.2015 № 307-АД14-5283 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда РФ от 11.04.2017 № 304-АД17-2603 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 17.08. 2016 по делу № А53-31644/2015 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 23.06.2014 по делу № А40-187569/13 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда РФ от 21.06.2017 № 304-АД17-6893 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 25.12.2015 по делу № А32-13055/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

Можно констатировать, что нормы об ответственности за противоправные действия (бездействие) и о возмещении вреда в отношении «жизни или здоровья животных и растений», не применимы на практике, что подтверждает анализ законодательства, постановлений Пленума Верховного Суда и судебных актов.

#### **4. Нормы международного права о «жизни или здоровье животных и растений»**

Итак, категория «жизнь или здоровье животных и растений», введенная в несколько федеральных законодательных актов, не коррелирует с нормами всего остального массива законодательства и не воспринята в правоприменительной практике. Ввиду того, что впервые критикуемая формула появилась в Законе о техническом регулировании, у автора возникла гипотеза о ее иностранном происхождении в связи со вступлением России во Всемирную торговую организацию и подписанием пакета соглашений с нею.

Основной документ ВТО — Соглашение ГАТТ–ВТО от 15.04.1994 по техническим барьерам в торговле<sup>30</sup>. В его Преамбуле есть интересующая нас формулировка: «Ни в одной стране не должно создаваться препятствий для принятия мер, необходимых для обеспечения качества ее экспорта, или защиты жизни и здоровья людей, животных или растений, охраны окружающей среды». В Конвенции (СИТЕС) «О международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения» (Вашингтон, 3.03. 1973)<sup>31</sup>, присутствуют нормы о недопустимости «угрозы здоровью» или «жестокости обращения» применительно не только к животным, но и к растениям. Конвенция содержит общее для животных и растений понятие «образец» — «любое животное или растение, живое или мертвое». В пп. «в» п. 2 ст. IV установлена обязанность административных органов экспортирующего государства получить «удовлетворительные доказательства того, что всякий живой образец будет приготовлен к отправке и отправлен с минимумом риска повреждения, угрозы здоровью или жестокого обращения». Та же обязанность предусмотрена для административных органов реэкспортирующего государства (подп. «б» п. 5), а также для административных органов государства интродукции<sup>32</sup> живых образцов.

---

<sup>30</sup> СПС Консультант Плюс.

<sup>31</sup> Конвенция вступила в силу для СССР 08.12.1976 // СПС Консультант Плюс.

<sup>32</sup> «Интродукция из моря» означает привоз в государство образцов любого вида, изъятых из морской среды, не находящейся в юрисдикции какого-либо государства, согласно формулировке подп. «д» ст. 1 «Определения» Конвенции.

Требование о «защите жизни или здоровья животных и растений» встречается и в других международных договорах России. Так, в ст. 9 Соглашения государств–членов Таможенного союза об устранении технических барьеров в торговле с государствами–участниками Содружества Независимых Государств, не являющимися членами Таможенного союза<sup>33</sup>, для участников Соглашения предусмотрена возможность временно вводить санитарные, ветеринарно-санитарные или фитосанитарные ограничительные меры в отношении отдельных видов продукции на основе надлежащей информации о наличии угрозы причинения вреда «руководствуясь интересами защиты жизни или здоровья человека, животных и растений».

29.05.2014 в Астане подписан Договор о Евразийском экономическом союзе<sup>34</sup>, обязывающий стороны проводить согласованную экономическую политику и обеспечивать гармонизацию законодательства. В разд. X «Техническое регулирование» содержится требование «защиты жизни или здоровья животных и растений». В ст. 52 «Технические регламенты Союза и стандарты» зафиксировано, что технические регламенты Союза принимаются «в целях защиты жизни и (или) здоровья человека, имущества, окружающей среды, жизни и (или) здоровья животных и растений, предупреждения действий, вводящих в заблуждение потребителей, а также в целях обеспечения энергетической эффективности и ресурсосбережения...». Далее, в разделе XI Договора, в ст. 56 «Общие принципы применения санитарных, ветеринарно-санитарных и карантинных фитосанитарных мер» установлено, что перечисленные меры «применяются на основе принципов, имеющих научное обоснование, и только в той степени, в которой это необходимо для защиты жизни и здоровья человека, животных и растений».

Итак, наше исследование показало, что понятие «охрана (защита) жизни и (или) здоровья животных и растений» «импортировано» при имплементации международно-правовых норм в связи с международными обязательствами России при ее вступлении в ВТО, а далее транслировано в национальное законодательство и международные соглашения с ее участием.

## **5. Категория «жизнь и здоровье животных и растений» в российской правовой доктрине**

Нами осуществлялась попытка привлечь внимание к тому обстоятельству, что критикуемая формула начинает «приживаться» и в правовой доктрине [Яковлев В.Ф. и др., 2017: 294–315]. Об этом можно судить по публикациям, авторы которых ее либо не замечают, либо с положительным значением

<sup>33</sup> Подписано в Москве 17.12.2012 // СПС Консультант Плюс.

<sup>34</sup> СПС Консультант Плюс.

внедряют в юридическую науку. Проанализированные публикации можно условно классифицировать на научные работы по следующим направлениям: а) посвященные исследованию правовых аспектов технического регулирования; б) касающиеся общей теории правосубъектности и исследования отдельных институтов гражданского права; в) направленные на изучение международного торгового права. Приведем наиболее яркие примеры.

5.1. Научные публикации по техническому регулированию. Если авторы комментариев к Закону о техническом регулировании не дают никакой оценки критикуемым нами нормам [Агешкина Н.А., Коржов В.Ю., 2016: 2–91], то некоторые другие ученые подводят под них теоретическое обоснование и стараются развивать концептуально.

На основе положений Закона о техническом регулировании принимаются многочисленные федеральные законы о различных технических регламентах, к которым ученые-специалисты разрабатывают комментарии. Например, позиция автора комментария к Федеральному закону от 30.12.2009 № 384-ФЗ «Технический регламент о безопасности зданий и сооружений» дает пример интерпретации основных понятий, используемых в данном законе и соответственно применяемых в комментарии [Ласкина Н.В., 2013: 2–6].

Автор признает, что, следуя конституционно установленным приоритетам прав и свобод человека, основной целью принятия комментируемого закона выступает защита жизни и здоровья граждан, имущества физических или юридических лиц, государственного или муниципального имущества. В то же время утверждается, что еще одной целью принятия комментируемого Закона выступает «охрана окружающей среды, жизни или здоровья животных и растений», которая также проистекает из конституционных положений, провозглашающих право каждого на благоприятную окружающую среду. В отношении охраны окружающей среды и ее компонентов, являющихся природными ресурсами, возражений нет, а вот попытка доктринального обоснования возможности правовой охраны (защиты) именно «жизни или здоровья животных и растений» применительно к условиям российской правовой системы вызывает принципиальное неприятие. Анализ содержания приводимой в качестве примера работы, имеющей научно-практическое применение, показывает: автор добросовестно цитирует формулировки комментируемого Закона и в то же время старательно избегает признания явных противоречий, когда сталкивается с необходимостью комментирования конституционных положений, норм природоохранного, природоресурсного и гражданского законодательства. Автор не может не видеть, но обходит молчанием важное и очевидное для системы права обстоятельство: и окружающая среда, и животные, и растения — объекты правоотношений, а потому не могут обладать правами на жизнь и охрану здоровья наравне с человеком.

При комментировании Технического регламента о безопасности зданий и сооружений в единстве и взаимосвязи с положениями других федеральных законов Н.В. Ласкина использует верную терминологию, соответствующую истинной правовой природе исследуемых отношений: «Объектами охраны окружающей среды от загрязнения, истощения, деградации, порчи, уничтожения и иного негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности являются... леса и иная растительность, животные и другие организмы и их генетический фонд...». Справедливо отмечено, что «согласно гражданскому законодательству животные выступают объектами гражданских прав (имуществом)». Верно, что в этой части комментария ведется речь именно о «состоянии растительного и животного мира», «сохранении редких и находящихся под угрозой исчезновения видов деревьев, кустарников, лиан, иных лесных растений...», «сокращении численности таких растений и (или) ухудшении среды их обитания», «охране и защите животных», что является обязанностью их владельцев; при осуществлении прав людьми не допускается «жестокое обращение с животными, противоречащее принципам гуманности»; «охрана диких животных» и «охрана животного мира» осуществляется в соответствии с Законом о животном мире. Однако, возвращаясь к комментируемому Закону, она утверждает, характеризуя «положительное значение» предмета своего исследования: «В рамках реализации цели охраны окружающей среды специально выделена охрана жизни или здоровья животных и растений, хотя эти понятия соотносятся как целое и часть».

В.В. Кванина в статье, посвященной юридической ответственности в сфере технического регулирования, комментируя п. 3 ст. 36 Закона о техническом регулировании, предусматривающий возмещение причиненного в результате несоблюдения требований технических регламентов вреда, в том числе жизни или здоровью животных и растений, указывает, что такой вред подлежит возмещению по правилам § 1, 2 гл. 59 ГК РФ («Обязательства вследствие причинения вреда») или § 3 той же главы и законодательства о защите прав потребителей, если пострадавшим является потребитель. Далее отмечено: «В отличие от Закона о техническом регулировании, ГК РФ содержит более ограниченный состав объектов, причинение вреда которым подлежит возмещению. В частности, в нем не перечислены такие объекты, как жизнь или здоровье растений и животных...». Не давая оценки отмеченному несоответствию, В.В. Кванина утверждает: «Тем не менее, как свидетельствует судебная практика, и данные объекты подпадают под регулирование главы 59 ГК РФ». При этом примеров из такой судебной практики в статье не приводится (их не может быть. — Авт.). Дается лишь общая ссылка на постановление Пленума Верховного Суда от 18.10.2012 № 21 «О применении судами законодательства об ответственности за нарушения в области охраны

окружающей среды и природопользования». Однако, как нами установлено, в названном и других постановлениях Пленума Верховного Суда указание на такую категорию, как «жизнь или здоровье животных и растений», отсутствует.

Далее В.В. Кванина ошибочно утверждает, что «возмещение вреда, причиненного окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений, регулируется также статьями 77 и 78 Закона об охране окружающей среды и статьей 56 Закона о животном мире», хотя именно о «жизни или здоровье животных и растений» в названных законах нет ни слова [Кванина В.В., 2014: 35–41].

Вызывает осторожный оптимизм то обстоятельство, что высказанная нами ранее критика замечена и адекватно оценена некоторыми исследователями. Так, в конце прошлого года в Институте законодательства и сравнительного правоведения защищена диссертация кандидата юридических наук на тему «Правовая охрана окружающей среды посредством технических регламентов». Восприняв нашу позицию, Д.И. Шакирова обосновала в своей работе в качестве одного из положений, выносимых на защиту, необходимость исключения из законодательства критикуемой нами формулы: «Принимая во внимание явное несоответствие формулировки «защита жизни или здоровья животных и растений»... устоявшимся подходам иных отраслей законодательства, в качестве единственного способа решения указанной проблемы можно рассматривать только внесение изменений в существующее законодательство о техническом регулировании как на национальном, так и на наднациональном уровнях...» [Шакирова Д.И., 2018: 13–14].

## 5.2. Научные публикации по общетеоретическим правовым проблемам

Несмотря на то, что, согласно основам права, животные и растения являются не субъектами, а объектами правоотношений, обнаружена попытка опровергнуть эту аксиому. Профессор Волгоградского института бизнеса, доктор юридических наук А.П. Анисимов всерьез проводит классификацию субъективных прав животных и предрекает им большое будущее, применяя прямую историческую аналогию с развитием прав зависимых классов — рабов, крепостных и иных категорий несвободных лиц [Анисимов А.П., 2016: 183–186]. В статье доказывается, что у каждой группы животных существуют «различные субъективные права», которые императивно закреплены в законе (право на гуманное обращение) или действуют факультативно — по воле собственника таких животных. А.П. Анисимов утверждает, что животные обладают правосубъектностью, хотя и упоминает, что в гражданском праве животные признаются объектом права собственности, особым видом имущества, а дикие животные в силу ст. 4 Закона о животном мире находятся в государственной собственности.

Между тем общеизвестно, что понятие правосубъектности включает в себя правоспособность, дееспособность и деликтоспособность, которых у животных быть не может. А.П. Анисимов или не знает, или игнорирует фундаментальные постулаты теории права: объект правоотношений не обладает правосубъектностью; нельзя быть одновременно и объектом, и субъектом. Свою классификацию «прав животных» А.П. Анисимов строит, основываясь на подмене понятий: обязанности государства, юридических и физических лиц по охране животного мира он объявляет правами диких животных, обязанности собственников (владельцев) домашних и иных животных по их надлежащему содержанию и гуманному обращению с ними — правами этих животных.

Необоснованно применяя аналогию с правами человека, безусловным правом животных А.П. Анисимов считает право на жизнь, за исключением охотничьих видов и лабораторных животных и с некоторыми оговорками, например о том, что право на жизнь сельскохозяйственных животных ограничено, поскольку они предназначены для забоя и употребления в пищу. К безусловным правам животных отнесено и право на гуманное обращение. Остальные субъективные права животных реализуются по воле владельца (среди них — право на жилище, право на выбор владельца, право на имя и даже персональные данные — в виде ветеринарного паспорта). Наиболее широкий комплекс таких прав по сравнению с животными других видов (групп) имеют домашние животные, в особенности животные-компаньоны.

Ввиду грубейших теоретических ошибок подробно обсуждать данную публикацию излишне, однако нельзя и игнорировать «концепцию» А.П. Анисимова ввиду ее очевидной органической связи с действующей нормативной правовой категорией «жизнь или здоровье животных и растений». Именно эта связь создает иллюзию подкрепленности ложных теоретических посылок сомнительными нормами действующего законодательства. Трудно предсказать последствия внедрения подобных «концепций» в правовую доктрину, например в виде параграфов или глав учебников по теории права, гражданскому праву и т.д., в преподавание учебных дисциплин для подготовки специалистов в сфере правоведения.

5.3. Научные публикации в области международного торгового права. Исходя из того, что появление в российском законодательстве категории «жизнь или здоровье животных и растений» есть результат имплементации, нами проведен также анализ публикаций, затрагивающих вопросы техники имплементации международных норм, чтобы выяснить возможности их коррекции.

Автором проанализированы работы, посвященные проблемам имплементации норм ВТО в российское законодательство. Большинство из них

демонстрирует равнодушие к рассматриваемой нами проблеме: публикаций, посвященных технике имплементации применительно к теме статьи, обнаружить не удалось. Однако все авторы отмечают, что договорный характер международных норм оставляет широкие возможности обеспечения государствами их интересов. Утверждается, что в науке международного права сформировалось понятие «право ВТО». Право ВТО — средство универсализации международного торгового права и унификации систем внутреннего права государств-участников. Важно, что правовая система ВТО находится в состоянии постоянного развития и модификации, осуществляемых путем проведения многосторонних торговых переговоров. Таким образом, право ВТО является результатом согласования государствами своих интересов посредством взаимных уступок и компромиссов [Каширкина А.А., Морозов А.Н., 2014: 7].

А.О. Четвериков, исследуя проблему национальной безопасности России в связи с ее обязательствами соблюдать право ВТО, подчеркивает, что при его имплементации в правовую систему России неизбежно возникают коллизии и противоречия. Основное внимание в публикации уделено возможностям, которые предусмотрены нормами права ВТО для преодоления этих коллизий и противоречий в интересах каждого из государств-участников. Автор делает вывод, что нормы-изъятия, предусмотренные ГАТТ и соглашениями ВТО, закрепляют широкий спектр исключений, позволяющих России и другим членам ВТО отступать от их обязательств по либерализации международной торговли, когда это необходимо национальной безопасности как в экономическом, так и в иных аспектах (военном, информационном, продовольственном и т.д.) [Четвериков А.О., 2013: 75–82]. Формула «защита здоровья и жизни людей, животных и растений», использованная в ст. XX ГАТТ, в публикации А.О. Четверикова упоминается, но автор не дает ей оценки, так как этого не требует предмет его исследования.

Анализ публикаций, посвященных проблемам международного торгового права и имплементации норм ВТО в российское законодательство, подтверждает нашу позицию: имплементация вовсе не требует дословного воспроизведения формулировок международных правовых норм, возможна и необходима их терминологическая и содержательная адаптация к национальному законодательству и правовой системе в целом.

## **Заключение**

В юридическом смысле животные и растения прежде всего — имущество, объекты правоотношений. Персональное отношение к животным и растениям, включая их состояние и комфорт, относится к морально-нравствен-

ным и этическим нормам, традициям и воспитанию. Не может и не должно быть знака равенства между человеческими чувствами и нормами права, так не может быть в праве и аналогии между защитой жизни или здоровья людей и защитой животных и растений — объектов имущественных прав и природных ресурсов, компонентов окружающей среды. В правовой реальности невозможно осуществлять юридическую охрану «жизни или здоровья животных и растений», т.е. квалифицировать в качестве административного правонарушения или преступления «причинение вреда жизни или здоровью животных и растений или возникновение угрозы причинения такого вреда», а также требовать возмещения вреда «жизни или здоровью животных и растений».

Несмотря на эту очевидность, критикуемые нами нормы о «жизни или здоровье животных и растений» присутствуют в федеральных законах о техническом регулировании, об обращении лекарственных средств, о животных и в четырех статьях КоАП РФ. Ввиду их неприменимости на практике эти нормы можно с полным основанием назвать мертворожденными. Но законодатели предпринимают попытки включить подобные положения в проекты кодексов об административной ответственности и правонарушениях. На этом фоне одни ученые, подвергая ревизии основы права, трудятся над обоснованием «инновационного» понимания правового положения животных и растений в структуре правоотношений в качестве субъектов, другие этой проблемы не видят или не хотят на нее реагировать. Данные факты свидетельствуют о негативной тенденции, проникшей в законодательство, процесс правотворчества и юридическую доктрину.

Нормы законов о техническом регулировании, об обращении лекарственных средств и о животных в части вреда и угрозы причинения такового именно в отношении «жизни или здоровья животных и растений», а также положения КоАП РФ о правонарушениях и об ответственности за такие деяния являются лишними для отечественной правовой системы, представляют собой избыточное и неприменимое на практике правовое регулирование. Это же замечание относится к соответствующим нормам федеральных законов, утвердивших технические регламенты в различных сферах их применения<sup>35</sup>. Критикуемые нормы противоречат конституционным положениям и всему остальному законодательству России, остаются невостребованными по причине невозможности их применения и подлежат исключению из действующих и проектируемых законов.

В фактической и правовой действительности при совершении административного правонарушения или преступления признанные судом ви-

<sup>35</sup> См., например, Федеральный закон от 30.12.2009 № 384-ФЗ «Технический регламент о безопасности зданий и сооружений» // СЗ РФ. 2010. № 1. Ст. 5.

новными лица, причинившие вред, привлекаются к ответственности по соответствующим статьям КоАП РФ либо УК РФ. При причинении вреда физическому лицу (человеку, гражданину) или его имуществу, а также при причинении вреда имуществу юридического лица возникают соответствующие обязательства. Такие отношения регулируются гражданским законодательством [Белякова А.М., 1986: 111]; [Суханов Е.А., 2000: 363–376, 385–397]. В случае причинения вреда животным и растениям, являющимся объектами права собственности физических или юридических лиц, речь идет о возмещении вреда имуществу (ст. 1064–1083 ГК РФ). Применимы также ст. 1095–1098 ГК РФ, регулирующие возмещение вреда, причиненного вследствие недостатков товаров, работ или услуг. Если существует причинно-следственная связь между причинением вреда имуществу гражданина — собственника домашнего животного или растения и последствиями в виде наступления вреда жизни или здоровью самого потерпевшего гражданина, то речь может идти исключительно о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью именно человека и гражданина. Более того, ГК РФ оставляет потерпевшему физическому лицу право принять меры по компенсации морального вреда (ст. 1099–1101) независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда.

Если же животные и растения относятся к компонентам окружающей среды — природным ресурсам, то субъекты, причинившие вред объектам животного мира и среде их обитания либо лесам или лесным ресурсам (растениям), помимо привлечения к административной либо уголовной ответственности возмещают нанесенный ущерб наравне с ущербом окружающей среде добровольно либо по решению суда. В этом случае решающее значение имеют органы государства (федерального и регионального уровня) и органы местного самоуправления, выражающие интересы и отстаивающие право собственности государства и муниципального образования на природные ресурсы. Средства, полученные в результате возмещения вреда окружающей среде, объектам животного мира, лесам и иной дикой растительности, поступают соответственно в бюджеты федерального, регионального и местного значения.

При таком понимании и толковании норм права никакой необходимости с определением избыточно инновационного правового положения животных и растений не возникает. Этот вывод подкрепляется рассмотренной в настоящей статье позицией Верховного Суда России и ей соответствует.

Нами обнаружена причина возникновения тенденции к трансформации, т.е. к «переводу» животных и растений из объектов в субъекты правоотношений. Причиной являются ошибки, допускаемые в следующей последовательности:

некорректная имплементация в отечественное законодательство международно-правовых норм при неверном понимании особенностей терминологии и системы источников национального права — ошибка, связанная с «трудностями перевода», неадаптированностью результатов заимствования к российским реалиям;

неверное понимание природы правоотношений, их вида и структуры, обуславливающее ошибочное определение предмета правового регулирования и установление в федеральных законах норм, находящихся в противоречии и несогласованности с конституционными положениями, нормами других федеральных законов и даже с основами права;

следствие предыдущих ошибок — неверное понимание и определение объекта и предмета административного правонарушения в части причинения вреда или угрозы такового «жизни или здоровью животных и растений», возникновения «квази-обязательств» по возмещению этого вреда.

Обнаруженные нами ошибки в их последовательности дают возможность «выводить» их в самостоятельную тенденцию негативных показателей современного состояния законодательства, правотворчества и правовой доктрины, причем как в совокупности, так и каждую в отдельности. Очевидно и то, что ошибки имеют субъективную причину — невысокий уровень квалификации и добросовестности лиц — участников правотворческого процесса и создающих юридическую доктрину [Хлуденева Н.И., 2014: 12–22, 24].

В целях устранения ошибок необходима терминологическая и содержательная коррекция критикуемых нами норм. Такую работу по унификации норм права целесообразно проводить на плановой основе и с использованием юридической технологии.

Разработку проектов изменений отдельных федеральных законодательных актов с целью обеспечения в их нормах терминологического и содержательного единства следует проводить согласованно, с привлечением всех заинтересованных органов власти, субъектов права законодательной инициативы и представителей гражданского общества. Плановую основу подготовки согласованных таким образом документов целесообразно обеспечить путем включения соответствующих позиций в план законопроектной деятельности Правительства России с определением ответственных федеральных органов исполнительной власти и учреждений<sup>36</sup>.

Оптимальным вариантом будет мониторинг правоприменения в сфере регулирования отношений по охране окружающей среды, природопользо-

<sup>36</sup> См.: Постановление Правительства РФ от 01.06.2004 № 260 «О Регламенте Правительства Российской Федерации и Положении об Аппарате Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 23. Ст. 2313; Постановление Правительства РФ от 30.04. 2009 № 389 «О мерах по совершенствованию законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 19. Ст. 2346.

ванию, содержанию, использованию и охране животных, имущественных отношений в части причинения вреда животным и растениям и угрозы причинения такового. Результат мониторинга сопровождал бы законопроектную деятельность и использовался при работе над проектами соответствующих федеральных законов. В этих целях следует включить такую позицию в один из ежегодных планов мониторинга<sup>37</sup>.

Полезным стало бы участие в такой мониторинговой деятельности Верховного Суда России по обобщению соответствующей судебной практики и выражению позиции в части причинения вреда именно «жизни или здоровью животных и растений», возможностей возмещения такового и привлечения к ответственности лиц, совершивших правонарушения по данной категории дел. Немаловажна позиция высшей судебной инстанции и по факту наличия в федеральных законах критикуемых нами норм.



## Библиография

Агешкина Н.А., Коржов В.Ю. Комментарий к Федеральному закону от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании» (постатейный). // СПС КонсультантПлюс.

Анисимов А.П. Классификация прав животных: дискуссионные вопросы // Бизнес. Образование. Право. 2016. N 1. С. 183–188.

Белякова А.М. Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда. Теория и практика. М.: МГУ, 1986. 149 с.

Боголюбов С.А. Правотворчество в сфере экологии. М.: Эксмо, 2010. 528 с.

Валеев М.М. Вещи как объекты гражданских правоотношений: дис... к.ю.н. Екатеринбург, 2003. 215 с.

Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М.: Статут, 2003. 382 с.

Габов А.В., Путило Н.В. (отв. ред.) Право и социальное развитие: новая гуманистическая иерархия ценностей. М.: ИНФРА-М, 2015. 272 с.

Гаджиев Г.А., Войниканис Е.А. Может ли робот быть субъектом права? (поиск правовых форм для регулирования цифровой экономики)//Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. N 4. С. 24–48.

Гасников К.Д. Животные как объект гражданских прав//Законодательство и экономика. 2002. N 12. С. 41–43.

Дуюнов В.К. (ред.) Уголовное право России. М.: РИОР, 2009. 664 с.

Евсеев Е.Ф. О соотношении понятий «животное» и «вещь» в гражданском праве // Законодательство и экономика. 2009. N 2. С. 23–26.

Зенин И.А. Гражданское право. М.: Высшее образование, 2007. 567 с. Каширкина А.А., Морозов А.Н. Россия, Евразийский экономический союз и Всемирная торговая организация. М.: ИНФРА-М, 2014. 295 с.

<sup>37</sup> См.: Указ Президента РФ от 20.05.2011 № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 21. Ст. 2930; Постановление Правительства РФ от 19.08.2011 № 694 «Об утверждении методики осуществления мониторинга правоприменения в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 35. Ст. 5081.

Зорькин В.Д. (отв. ред.) Современный конституционализм: вызовы и перспективы: материалы Международной конференции, посвященной 20-летию Конституции РФ. М.: Норма, 2014. 480 с.

Кванина В.В. Государственный контроль (надзор) и юридическая ответственность в сфере технического регулирования // Бизнес, менеджмент и право. 2014. N 1. С. 35–41.

Кичигин Н.В. (отв. ред.) Правовое регулирование возмещения экологического вреда. М.: ИНФРА-М, 2017. 368 с.

Лазарев В.В. (ред.) Общая теория права и государства. М.: Юристъ, 2003. 520 с.

Ласкина Н.В. Комментарий к Федеральному закону от 30 декабря 2009 г. № 384-ФЗ «Технический регламент о безопасности зданий и сооружений» (постатейный). 2013. 164 с. // СПС КонсультантПлюс.

Микрюков В.А. Благо и бремя обладания животными на праве собственности//Законодательство и экономика. 2014. N 8. С. 48–55.

Минина Е.Л. Проблемы правового регулирования обращения с животными//Журнал российского права. 2014. N 12. С. 80–88.

Мохов А.А., Копылов Д.Э. Псовые как объекты гражданских прав//Юридический мир. 2006. N 12. С. 41–45.

Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть. М.: БЕК, 1996. 560 с.

Николюкин С.В., Уткина И.О. Особенности возникновения и прекращения права собственности на безнадзорных и бесхозных животных: коллизии гражданского законодательства // Юрист. 2008. N 6. С. 19–27.

Путило Н.В. (отв. ред.) Право граждан на лекарственное обеспечение. М.: КОНТРАКТ, 2017. 216 с.

Садиков О.Н. (отв. ред.) Гражданское право. М.: ИНФРА-М, 2006. 493 с.

Суханов Е.А. (отв. ред.) Гражданское право. М.: БЕК, 2000. 518 с.

Хабриева Т.Я., Лазарев В.В. Судебная практика в современной правовой системе России. М.: ИНФРА-М, 2017. 432 с.

Хабриева Т.Я., Тихомиров Ю.А. Научные концепции развития законодательства. М.: Юриспруденция, 2015. 544 с.

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

Хлуденева Н.И. Дефекты правового регулирования охраны окружающей среды. М.: ИНФРА-М, 2014. 172 с.

Четвериков А.О. Национальная безопасность Российской Федерации и право Всемирной торговой организации//Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. N 8. С. 75–82.

Шакирова Д.И. Правовая охрана окружающей среды посредством технических регламентов: дис... к.ю.н. М., 2018. 185 с.

Шуплецова Ю.И. (отв. ред.) Правовое регулирование использования и охраны лесов по законодательству Российской Федерации и зарубежных стран. М.: ИНФРА-М, 2016. 272 с.

Яковлев В.Ф., Хабриева Т.Я., Андреев В.К. Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой и международно-правовой анализ: сборник материалов. М.: Статут, 2017. 434 с.

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 2

### Problematic Result of Domestic Lawmaking: Legislative Establishing Protection of Life or Health of Animals and Plants



**Dmitry B. Gorokhov**

Leading Researcher, Department of Environmental and Agricultural Legislation, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: julia7709@yandex.ru



#### **Abstract**

The article presents the result of a comprehensive study of a new legal category — «life or health of animals and plants», which is present in several existing and projected federal laws. The purpose of the study, conducted using formal legal and systemic methods, as well as the method of modeling, is to find out what is the correlation of this category with the legislation and the legal system as a whole. It is proved that the investigated norms contradict the constitutional provisions and the legislation of Russia, moreover, the fundamental principles of law relating animals and plants not to the subjects, but to the objects of legal relations. The design of the criticized rules is such that not only people, but also animals and plants should be recognized as victims of an administrative offense and creditors for compensation for harm to life and health. The analysis of judicial practice shows that these norms will not be useful in the protection of animals from abuse, and objects of fauna, plants, forests and forest resources — from the destruction, illegal use and harmful effects of human economic activity, because these norms are not applicable in practice. The reason for the penetration of norms on protection of «life or health of animals and plants» into the current Russian legislation is found — it is result of bad implementation of the wording of some international treaties with the participation of Russia without taking into account the peculiarities of the Russian legal system. The analysis of publications on the topic indicates attempts of scientific substantiation of the dubious legitimization, which confirms the author's hypothesis about the possible threat of deformation of the Russian legal doctrine. Errors that caused the criticized state of certain norms of federal laws are named and classified. Author justified the necessity of harmonization of terminology and criticized the content of individual norms with the provisions of the Constitution of Russia and federal laws in the areas of health protection, environmental protection and natural resources, the protection of property rights of physical and legal entities. In this regard the recommendation by the planning and coherence of the work proposed at the stage of law-making, the use of legal technology are given.



#### **Keywords**

legal regime of animals and plants; humane treatment of animals; legal protection of “life or health of animals and plants”; responsibility for causing harm to “life or health of animals and plants”; legal personality of animals and plants; technical regulation; implementation of international legal norms; lawmaking.

**For citation:** Gorokhov D.B. (2019) Problematic Result of Domestic Lawmaking: Legislative Establishing Protection of Life and Health of Animals and Plants. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 45–78 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.45.78



## References

- Ageshkina N.A., Korzhov Y.V. (2016) Commentary to the Federal Law of 27.12. 2002 № 184-FZ “On Technical Regulation”. SPS Consultant Plus (in Russian)
- Anisimov A.P. (2016) Classification of Animal Rights. *Biznes. Obrazovanie. Pravo*, no 1, pp. 183–188 (in Russian).
- Belyakova A.M. (1986) *Civil Liability for Causing Damage. Theory and Practice*. Moscow: MGU Press, 149 p. (in Russian)
- Bogolyubov S.A. (2010) *Law-making in the Environmental Sphere*. Moscow: Eksmo, 528 p. (in Russian)
- Chetverikov A.O. (2013) National Security of Russia and the Law of the World Trade Organization. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 8, pp. 75–82 (in Russian)
- Duyunov V.K. (ed.) *Criminal Law of Russia*. Moscow: RIOR, 664 p. (in Russian)
- Evseev E.F. (2009) On the Correlation of the Definitions “Animal” and “Item” in Civil Law. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 2, pp. 23–26 (in Russian)
- Gadzhiev G.A., Voynikanis E.A. (2018) May a Robot be a Subject of Law? (Search for the Regulating Digital Economy). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 24–48 (in Russian)
- Gasnikov K.D. (2002) Animals as Object of Civil Rights. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 12, pp. 41–43 (in Russian)
- Kashirkina A.A., Morozov A.N. (2014) *Russia, the Eurasian Economic Union and the World Trade Organization*. Moscow: INFRA-M, 295 p. (in Russian)
- Khabrieva T.Ya., Chernogor N.N. (2018) Law in Digital Reality. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, pp. 85–102 (in Russian)
- Khabrieva T.Ya., Tikhomirov Yu. A. (eds.) (2015) *Concept of Development of Legislation*. Moscow: Norma, 544 p. (in Russian)
- Khabrieva T.Ya. et al. (2017) *Court Practice in Modern Russian Legal System*. Moscow: Norma, 432 p. (in Russian)
- Khludeneva N.I. (2014) *The Defects of Regulating Environmental Protection*. Moscow: INFRA-M, 172 p. (in Russian)
- Kichigin N.V. (ed.) (2017) *Legal Regulation of Recovering Environmental Damage*. Moscow: INFRA, 368 p. (in Russian)
- Kvanina V.V. (2014) State Control and Legal Responsibility in the Sphere of Technical Regulation. *Biznes, Management i pravo*. no 1, pp. 35–41 (in Russian)
- Laskina N.V. (2013) Comment to the Federal Law of 30.12. 2009 № 384-FZ “Technical Regulating Safety of Buildings and Structures”. SPS Consultant Plus (in Russian)
- Lazarev V.V. (ed.) (2003) *General Theory of Law and State*. Moscow: Yurist, 520 p. (in Russian)
- Mikryukov V.A. (2014) Benefits and Burdens of Owning an Animal. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 8. pp. 48–55 (in Russian)

- Minina E.L. (2014) Legal Regulating Animal Treatment. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 12, pp. 80–88 (in Russian)
- Mokhov A.A., Kopylov D.E. (2006) Canines as Objects of Civil Rights. *Yuridicheskiy mir*, no 12, pp. 41–45 (in Russian)
- Naumov A.V. (1996) *Russian Criminal Law*. Moscow: BEK, 560 p. (in Russian)
- Nikolyukin S.V., Utkina I.O. (2008) Features of Emergence and the Termination of the Property Right to Neglected and Ownerless Animals: Collisions of Civil Law. *Yurist*, no 6, pp. 19–27 (in Russian)
- Putilo N.V. (ed.) (2017) *The Right of Citizens for Provision of Medicines*. Moscow: Norma, 216 p. (in Russian)
- Sadikov O.N. (2006) (ed.) *Civil Law*. Moscow: INFRA. 493 p. (in Russian)
- Schupletsova Yu.P. (ed.) (2016) *Legal Regulation of Forest Use and Protection under Russian and Foreign Law*. Moscow: INFRA-M, 272 p. (in Russian)
- Sukhanov E.A. (ed.) (2000) *Civil Law*. Moscow: BEK, 518 p. (in Russian)
- Shakirova D.I. (2018) Legal and Technical Regulating Environmental Protection: Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 185 p. (in Russian)
- Valeev M.M. (2003) Things as Objects of Civil Relations. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Ekaterinburg, 215 p. (in Russian)
- Vaskovsky E.V. (2003) *Textbook of Civil Law*. Moscow: Statut, 382 p. (in Russian)
- Yakovlev V.E. et al. (2017) *Legal Capacity: Historical, Sectorial and International Legal Analysis*. Moscow: Statut, 434 p. (in Russian)
- Zenin I. A. (2007) *Civil Law*. Moscow: Vyshaya shkola, 567 p. (in Russian)
- Zorkin V.D. (ed.) (2014) *Modern Constitutionalism. Proceedings of Conference to the 20th anniversary of the Constitution of Russia*. Moscow: Norma, 480 p. (in Russian)

# Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу

---



**В.А. Лаптев**

доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9. E-mail: laptev.va@gmail.com

---



## **Аннотация**

Промышленная революция трансформировала понятие о способах и средствах производства. Внедрение искусственного интеллекта и роботов в реальном секторе экономики стало неизбежным. Степень воздействия человека на ход производственного цикла постепенно уменьшается и заменяется программами, определяющими по цифровым алгоритмам поведение роботов и образ мышления искусственного интеллекта. Правовая оценка природы искусственного интеллекта и регламентация порядка его использования стала важнейшей задачей современного отечественного правоведения. В статье дан анализ возможных подходов к раскрытию понятия «искусственный интеллект» как правовой категории и соотношения его с понятиями «робот» и «киберфизическая система». Раскрываются вопросы юридической ответственности за работу искусственного интеллекта. Изучается возможность признания у робота (машины), обладающего искусственным интеллектом, свойств субъекта права. Рассматривается возможность признания правосубъектности искусственного интеллекта в киберфизическом пространстве. Цель работы: предложить пути развития законодательства в условиях цифровизации российской экономики и внедрения искусственного интеллекта. Использовались метод анализа, синтеза, обобщения, статистики, индукции и дедукции, интерпретации, классификации и сравнительный методы. Предложен подход к раскрытию категорий «искусственный интеллект», «интеллектуальные системы», «нейротехнологии» и «робот» с позиции российского права. Определены механизмы привлечения к юридической ответственности соответствующих субъектов права. Выделены краткосрочная, среднесрочная и долгосрочная перспективы развития законодательства, определяющего правоспособность робота и искусственного интеллекта в киберфизическом пространстве, содержание киберфизических отношений, а также основания привлечения участников рассматриваемых отношений к юридической ответственности. Правовое регулирование предпринимательской и иной экономической деятельности с использованием искусственного интеллекта должно основываться на конвергенции технологии, программирования и права.

---



## **Ключевые слова**

искусственный интеллект, машинный интеллект, цифровая экономика, право роботов, цифровое право, правосубъектность робота, киберфизические отношения, юридическая ответственность, киберфизическая ответственность, распределенный реестр

---

**Благодарности:** Публикация подготовлена в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 18-29-16079.

**Для цитирования:** Лаптев В.А. Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу // Право. Журнал Высшей школы экономики. № 2. 2019. С. 79–102.

УДК:346

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.79.102

## Введение

Современные исследования правоведов все чаще затрагивают проблематику регулирования экономических отношений в условиях развития цифровых технологий. Мир меняется, меняются и сущностные характеристики общественных отношений. Правоведы непременно стараются дать оценку любому явлению в жизни общества с точки зрения норм права, нередко используя категорию «правовое явление». Вместе с тем многие явления далеки от регулятивной силы права. Современные общественные отношения в условиях развития цифровых технологий свидетельствуют о неготовности или же неспособности законодательства регулировать отдельные аспекты складывающихся общественных отношений. Рассматриваемые отношения характеризуют как киберфизические правоотношения, урегулированные нормами цифрового права (киберфизического права). При этом термин «цифровое право» используется в качестве условной правовой категории, обозначающей совокупность норм права, регулирующих любые отношения с «цифровым элементом» (предпринимательские, административные, гражданские и другие отношения), не образующих самостоятельной отрасли права. Элементы цифрового права содержит каждая отрасль права (электронная торговля в предпринимательском праве, электронное правосудие в арбитражном процессуальном праве, цифровое межведомственное взаимодействие в административном праве и т.д.).

В статье сделана попытка раскрытия понятия искусственного интеллекта как правовой категории, его аунтификации, а также определяются возможные пути развития отечественного законодательства в части юридической ответственности за его работу. Период изучения искусственного интеллекта и научного моделирования образа его мышления начался лишь в середине XX века. Промышленные роботы выступили лишь третьим этапом (Industry 3.0), в то время как, искусственный интеллект и киберфизические системы стали четвертым этапом промышленной революции (Industry 4.0).

Актуальность настоящего исследования обусловлена выбранным руководством России и других стран Евразийского экономического союза курсом на развитие цифровой экономики, в том числе с использованием ис-

искусственного интеллекта (решение Высшего Евразийского экономического совета от 11.10.2017 №12 «Об Основных направлениях реализации цифровой повестки Евразийского экономического союза до 2025 года», Указ Президента Российской Федерации от 1.12.2016 № 642 «О Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации»<sup>1</sup>, распоряжения Правительства от 23.03.2018 № 482-р<sup>2</sup> и от 28.07. 2017 № 1632-р<sup>3</sup> и др.). Множество вопросов по данной проблематике обсуждается на профильных сайтах в Интернете и на международных конгрессах.

В отсутствие государственного регулирования деятельности искусственного интеллекта видится эффективным саморегулирование, удачным примером которого выступает Partnership on AI — *партнерство в поддержку продвижения искусственного интеллекта*, в состав которого входят Amazon, Intel, Sony, Apple, Ebay, Google, IBM, Facebook, Microsoft и другие<sup>4</sup>.

В России первые попытки узаконить «право роботов» связаны с рассмотрением законодательными органами проекта Модельной конвенции о робототехнике и искусственном интеллекте [Незнамов А., Наумов В., 2017: 1–12], разработанной Исследовательским центром проблем регулирования робототехники и искусственного интеллекта. Разумно предложение о рассмотрении в качестве субъектов рассматриваемых отношений широкого круга лиц, включая исследователей, разработчиков, лиц, финансирующих исследования и разработки в сфере робототехники, производителей, собственников, владельцев, операторов роботов, органов государственной власти и любых регулирующих органов, а также пользователей и иных лиц, взаимодействующих с роботами и киберфизическими системами, в том числе с искусственным интеллектом (ст. 1). Объектами робототехники признаются любые роботы, а также киберфизические системы с искусственным интеллектом в любой форме (ст. 2). Данной конвенции во многих ее аспектах робот (как объекта материального мира) и искусственный интеллект отождествляются.

В настоящее время коллективами ученых различных специальностей разрабатывается Цифровой кодекс России [Илющенко Р., Башелханов И., 2018: 1]. Заслуживают внимание предложения В.В. Архипова и В.Б. Наумова дополнить ГК РФ понятием «робот» — устройство, способное действовать, определять свои действия и оценивать их последствия на основе информации, поступающей из внешней среды, без полного контроля со стороны человека [Архипов В.В., Наумов В.Б., 2017: 46–62]. Небесспорно предложение авто-

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2016. № 49. Ст. 6887.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2018. № 15 (Часть V). Ст. 2173.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2017. № 32. Ст. 5138 (документ утратил силу в связи с изданием распоряжения Правительства РФ от 12.02.2019 № 195-р // СЗ РФ. 2019. № 8. Ст. 803).

<sup>4</sup> URL: <https://www.partnershiponai.org/> (дата обращения: 17.07.2018)

ров о признании за роботами-агентами правосубъектности и возможности их участия в силу конструктивных особенностей в современных отношениях.

Официальное признание за роботом с развитым искусственным интеллектом свойств субъектов права (участником общественных отношений) впервые состоялось в Саудовской Аравии, где человекоподобному роботу, спроектированному в Китае, дали гражданство<sup>5</sup>. Следовательно, можно говорить о киберфизических отношениях, требующих правовой регламентации.

## 1. Понятие искусственного интеллекта

В известной степени понятие «искусственный интеллект» (AI) является одновременно изученной и дискуссионной научной категорией, по-разному определяемой учеными различных специальностей. Так, по мнению Г.С. Осипова, искусственный интеллект выступает предметом компьютерных наук, а создаваемые на ее основе технологии являются информационными технологиями, позволяющими совершать разумные рассуждения и действия с помощью вычислительных систем и иных искусственных устройств [Осипов Г.С., 2001: 3–13].

В правоведении, в частности, П.М. Морхатом, искусственный интеллект раскрывается как полностью или частично автономная самоорганизующая (самоорганизующаяся) компьютерно-аппаратно-программная виртуальная или киберфизическая, в том числе биокибернетическая, система, наделенная/обладающая способностями и возможностями мыслить, самоорганизовываться, обучаться, самостоятельно принимать решения и т.д. [Морхат П.М., 2017: 69].

Искусственному интеллекту, очевидно, противопоставляется естественный интеллект человека и других животных организмов. Но не у каждого робота есть искусственный интеллект, ибо только интеллект позволяет рассуждать, обучаться и принимать самостоятельные решения. На начальном этапе развития робототехники промышленные и иные роботы действовали исключительно по заданным программой алгоритмам. Впоследствии цифровые технологии и программные комплексы сделали возможным создание и развитие искусственного интеллекта. Робота справедливо отграничивают от киберфизической системы, существование которой возможно в виде компьютерной программы, работающей на базе процессора соответствующей ЭВМ.

Искусственный интеллект может существовать отдельно от машины (робота) только в цифровом виде — в виде киберфизической системы и иных искусственных систем, позволяющий моделировать соответствующие действия. Собственно, именно в этом заключается трудность определения грани между программным алгоритмом и искусственным интеллектом, поскольку традиционно интеллект (творческая возможность) свойственен только биологическим

---

<sup>5</sup> Available at: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3450054> (дата обращения: 15.06.2018)

организмам. В частности, по методическим рекомендациям Минобрнауки России о признании результатов интеллектуальной деятельности единой технологией от 1.04.2010<sup>6</sup>, *интеллектуальная деятельность* — это умственная, мыслительная, познавательная и творческая деятельность человека.

Еще недавно предполагалось, что искусственный интеллект — это заложенное в памяти программы решение, т.е. не новое решение (творческая функция), а алгоритм, содержащий решение в вычислительной программе. Видится интересным раскрытие данной категории в нормативных актах, посвященных техническому регулированию. Так, искусственный интеллект — моделируемая (искусственно воспроизводимая) интеллектуальная деятельность мышления человека (п. 3.17. ГОСТ Р 43.0.5-2009 «Информационное обеспечение техники и операторской деятельности. Процессы информационно-обменные в технической деятельности. Общие положения»). При этом под интеллектом понимается способность субъекта (оператора) к отвлеченному мышлению, абстрагированию, позволяющая с возникновением самосознания и рефлексии использовать имеющуюся у него информацию некоторым полезным целенаправленным образом (п. 3.10). При таком раскрытии понятия «искусственный интеллект» используются его практические свойства как явления в информационно-обменном процессе.

В ГОСТ Р 43.0.5-2009 формы «человекоинформационного» взаимодействия (взаимодействие человека с информацией) разделяются на три вида: 1) естественно-интеллектуализированное, осуществляемое с использованием возможностей собственной мыслительной деятельности человека; 2) гибридно-интеллектуализированное, осуществляемое с использованием машинно-активизированной (компьютерно-активизированной) мыслительной деятельности; 3) искусственно-интеллектуализированное, осуществляемое с использованием активизации мышления искусственно имитируемой (машинно-имитируемой) мыслительной деятельностью.

В начале развития робототехники предполагалось, что робот выполняет действия только по ранее заданным программой алгоритмам. Искусственный интеллект — это следующая стадия развития робототехники и программирования (их особая часть), наделяющая способность робота самостоятельно принимать «новое» решение, ранее не заложенное в программе. Современные вычислительные программы наделяют возможностью искусственного интеллекта выработать самостоятельное цифровое решение (кибер-решение), которое впоследствии может воплотиться действиями робота в материальном мире либо командами киберфизической системы в виртуальном пространстве. Ярким примером искусственного интеллекта в виде программы для ЭВМ, то есть в цифровой форме (в отрыве от материального воплощения), выступает IBM Watson, используемая в бизнес-процессах.

<sup>6</sup> СПС КонсультантПлюс.

В подтверждение сказанного в ГОСТ Р ИСО 8373-2014 («Роботы и робототехнические устройства. Термины и определения») выделяется категория «разумный робот» и «робот с элементами искусственного интеллекта», выполняющий работу путем считывания данных из окружающей среды, взаимодействия с внешними источниками и адаптации своего поведения (п. 2.28). «Обычный» промышленный робот — автоматически управляемый, перепрограммируемый манипулятор, программируемый по трем или более степеням подвижности, который может быть установлен стационарно или на мобильной платформе для применения в целях промышленной автоматизации (п. 3.5 ГОСТ Р 60.0.0.2-2016).

О внедрении искусственного интеллекта в деятельность субъектов предпринимательства свидетельствуют самоуправляемые автомобили, виртуальные помощники, торговые площадки и т.д. Создаются чипы мозга роботов, развивается применение искусственного интеллекта в военно-промышленном комплексе и в других сферах жизнедеятельности общества.

Итак, определяющим отличием искусственного интеллекта от обычного робота выступает наличие мышления или отсутствие такового. Понятия мышления и мыслительной деятельности раскрыты в п. 3.23 и 3.24 ГОСТ Р 43.0.5-2009. В частности, мышление — психофизиологические процессы работы мозга оператора, в том числе относящиеся к внутренней речи, памяти, функциональным психическим чувственным состояниям, обеспечивающие осуществление мыслительной деятельности с инициированием естественно-интеллектуализированных, гибридно-интеллектуализированных, искусственно-интеллектуализированных человеко-информационных взаимодействий, влияющих на возникновение и функционирование информационно-обменных процессов, проведение соответствующей им информационно-интеллектуальной деятельности.

Рассмотренные выше характеристики дефиниций искусственного интеллекта можно схематично отобразить следующим образом.



Схема демонстрирует взаимосвязь категорий искусственного интеллекта, робота и киберфизической системы, а также их взаимопроникновения. Вероятно, в ближайшем будущем искусственный интеллект будет существовать в отрыве от конкретных роботов или ЭВМ, например, в виртуальном «облачном» мире, передвигаясь по телекоммуникационной сети Интернет.

## **2. Применение искусственного интеллекта в предпринимательстве**

Искусственный интеллект может применяться в самых различных сферах жизнедеятельности общества: в экономике, образовании, культуре, науке, медицине и т.д. В настоящем исследовании автором будет рассмотрено использование искусственного интеллекта в предпринимательской и иной экономической деятельности (сфера бизнеса).

Как известно, все направления хозяйственной деятельности предпринимателей отражены в Общероссийском классификаторе видов экономической деятельности (ОК 029-2014 (КДЕС Ред. 2; далее — ОКВЭД). Однако упоминаемые виды хозяйственной деятельности, как правило, касаются использования машин и роботов как материально-технического обеспечения без указания на их искусственный интеллект, в том числе: 1) производство механических манипуляторов и промышленных роботов (28.22); 2) производство промышленных роботов для многократного специализированного использования (28.99); 3) оптовая торговля конвейерными роботами (46.69) и т.д.

Приближенными к работе искусственного интеллекта выступают следующие виды деятельности:

производство программно-аппаратных комплексов, автоматизированных систем, высокопроизводительных электронно-вычислительных машин и их составных частей, предназначенных для исследований в сфере ядерных оружейных технологий (26.20);

деятельность агентов, продающих машины, включая офисное оборудование и вычислительную технику, промышленное оборудование, суда и летательные аппараты (46.14);

торговля оптовая программным обеспечением (46.51);

деятельность, связанная с использованием вычислительной техники и информационных технологий (62.09);

прокат и аренда офисных машин и оборудования без оператора (77.33).

Отдельные виды экономической деятельности, непосредственно связанные с применением искусственного интеллекта, упоминаются в различных нормативных правовых и иных актах:

организация транспортной логистики (послание Президента России Федеральному Собранию от 1. 03. 2018);

информационные и коммуникационные технологии с искусственным интеллектом (Указ Президента России от 9. 03. 2017 № 203);

промышленный искусственный интеллект (Указ Президента России от 1.12. 2016 № 642);

управление транспортными потоками искусственным интеллектом и бортовые системы (распоряжение Правительства России от 22.11. 2008 № 1734-р);

информационно-аналитические системы мониторинга в агропромышленном комплексе (постановление Правительства России от 25. 08/ 2017 № 996);

автомобилестроение (распоряжение Правительства России от 28.04. 2018 № 831-р);

оборонно-промышленный комплекс (распоряжение Правительства России от 1.11. 2013 № 2036-р) и другие.

Видимо, в ближайшем будущем ОКВЭД пополнится соответствующими видами экономической деятельности с применением искусственного интеллекта.

Нейротехнологии и Нейронет близки по своей сути к искусственному интеллекту, однако имеют различную природу и применение. Нейротехнологии позволяют использовать весь потенциал мозга человека, по сути, участвуя в мыслительной деятельности человека и повышая ее продуктивность. Нейронет — система человеко-машинных коммуникаций и информационного обмена посредством нейрокомпьютерных интерфейсов на базе гибридных цифро-аналоговых архитектур. Нейронет считают следующим поколением Интернета (Web 4.0) и основой создания гибридного человеко-машинного интеллекта. Так создаются предпосылки развития био-киберфизических организмов.

В российском законодательстве понятие нейронной электронно-вычислительной машины закреплено в Указах Президента России от 26.08.1996 № 1268 и от 17.12.2011 № 1661. Так, нейронная ЭВМ представляет собой вычислительное устройство, разработанное или модифицированное для имитации поведения нейрона или совокупности нейронов, например, вычислительное устройство, характеризующееся способностью аппаратуры модулировать вес и количество взаимных связей множества вычислительных компонентов на основе предыдущей информации. Совокупность компьютеров или процессоров, обладающих искусственным интеллектом, образуют нейронную сеть аналогичной структуре нейронов коры головного мозга человека, где нейрон – электрически возбудимая клетка, обрабатывающая, хранящая и передающая информацию с помощью электрических и химических сигналов [Williams R., Herrup K., 1988: 423-453].

Развитию Нейронета в России способствует недавно утвержденная распоряжением Правительства России от 30.03.2018 № 552-р<sup>7</sup> дорожная карта

---

<sup>7</sup> СЗ РФ. 2018. № 16 (Часть II). Ст. 2395.

совершенствования законодательства и устранения административных барьеров в целях реализации Национальной технологической инициативы по направлению «Нейронет», обеспечивающей участие российских компаний на формируемых глобальных рынках продукции и услуг в сфере средств человеко-машинных коммуникаций. В дорожной карте приводятся следующие сегменты применения Нейронета: нейромедтехника, нейрофарма, нейрообразование, нейрокоммуникации, нейроразвлечения и нейроспорт, нейроассистенты и искусственный интеллект, иные смежные технологии (виртуальной и дополненной реальности, медицинской робототехники, сбора и обработки больших данных).

Российская статистика свидетельствует об активных темпах внедрения искусственного интеллекта в промышленность. В частности, к 2019 году прогнозировалось подключение около 1,9 млн. единиц оборудования к промышленному Интернету, из которых 1,3 млн. — в машиностроении и 0,6 млн. — в процессном производстве. Объем использования искусственного интеллекта и машинного обучения в денежном выражении в 2017 году составил 700 млн. руб. и вырастет до 28 млрд. руб. к 2020 году<sup>8</sup>.

С учетом положений Федерального закона от 31.12.2014 № 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации»<sup>9</sup> перспективны такие сферы применения искусственного интеллекта, как машино- и судостроение, металлургия, электроэнергетика, нефтехимическая, легкая и медицинская промышленность. Эффективным также будет внедрение искусственного интеллекта в бизнес-образование, в том числе в виртуальные школы и университеты, электронные библиотеки.

Среди прикладного использования искусственного интеллекта (в электронном виде) можно определить: смарт-контракты (умные контракты), кибербезопасность (защита электронных баз данных, система противодействия взлому), умный дом и т.д. При этом распространение искусственного интеллекта имеет серьезный недостаток — исчезают рабочие места, ряд профессий вскоре утратит актуальность.

### **3. Субъекты отношений и юридическая ответственность**

Традиционная концепция о субъектах права исходит из того, что участниками экономических отношений признаются физические и юридические лица, публично-правовые образования — Российская Федерация, субъекты

---

<sup>8</sup> Искусственный интеллект (рынок России). Available at: URL: <http://www.tadviser.ru/index.php/> (дата обращения: 22.06.2018)

<sup>9</sup> СЗ РФ. 2015. № 1 (часть I). Ст. 41.

федерации и муниципальные образования (подраздел 2 ГК РФ). Различные отрасли российского права выделяют соответствующие признаки субъектов права, в частности, в предпринимательском праве для участников рыночных отношений определяющими выступают наличие регистрации или легитимации иным образом, хозяйственной компетенции, имущественной базы, а также способности нести ответственность [Занковский С.С., Михайлов Н.И. (ред.), 2018: 70–75]. В предпринимательских отношениях данным критериям, в частности, отвечают индивидуальные предприниматели, юридические лица, предпринимательские объединения и публично-правовые образования.

Вопрос о правосубъектности имеет давнюю историю, начиная с советского правоведения. Правосубъектность охватывает способность обладать субъективными правами и нести обязанность (правоспособность) и способность самостоятельно осуществлять данные права и обязанности (дееспособность) [Алексеев С.С., 1994: 93–95]. При этом субъективное право рассматривается как мера дозволенного поведения, принадлежащая лицу. Подробное изучение теоретических подходов к пониманию, например, юридического лица (теория реального субъекта права и теория фикции), дает право согласиться с выводами авторов, что это не более чем фикция. Из различных теорий фикции заслуживают внимание теория коллектива (А.В. Венедиктова), теория директора (Ю.К. Толстого), теория администрации (Н.Г. Александрова) и т.д.

Как же быть с роботами (машинами) или киберфизическими системами на базе ЭВМ, обладающих искусственным интеллектом? Речь идет об объекте или о субъекте права? Нет ли в данном вопросе фикций?

Парадоксально, но на практике упомянутые признаки субъекта предпринимательства, например, могут быть у промышленного AI-робота. Так, робот может иметь регистрацию (предположим, в Ростехнадзоре) и учетный номер; обладать хозяйственной компетенцией, соответствующей целям его деятельности; обладать имущественной базой, поскольку робот априори представляет собой материальную ценность; его можно привлечь к юридической ответственности (например, в виде принудительного отключения или доработки программы, а также утилизации, как крайней мере ответственности).

Таким образом, на первый взгляд, AI-робот обладает отдельными элементами субъекта права, при осуществлении им производственно-хозяйственной деятельности. Одновременно робот выступает объектом права, будучи предметом материального мира и обладающий ценностью (как имущество — технология). Вместе с тем правоведение разделяет объект и субъект права. Однако истории известны факты, когда объекты права переходили в разряд субъектов (например, при отмене рабства рабы становились полноправными участниками общественных отношений).

Если обратить внимание на этапы развития человека, то каждый индивид на начальном этапе биологического развития не обладает той полнотой мышления и быстротой принятия решений как взрослый человек. Путем обучения человек с годами совершенствует свое сознание для выработки более правильных решений. Похожая картина наблюдается при развитии искусственного интеллекта, изначально имеющего отправные данные для будущего развития собственного мышления и самосовершенствования. Соответственно совокупность робота и искусственного интеллекта можно рассмотреть в качестве робото-разумного субъекта права (robo-sapiens).

Говоря об ответственности за деятельность робота, в том числе обладающего искусственным интеллектом, следует вспомнить «три закона робототехники» А. Азимова [Azimov A., 1960: 129], актуальность которых не утрачена: 1) действия (бездействия) робота не могут и не должны вредить человеку; 2) робот должен подчиняться командам человека, за исключением случаев, когда команды нарушают первый закон; 3) робот должен заботиться о своей безопасности в пределах первого и второго законов.

Указанные фундаментальные истины заложили основы юридической оценки поведения робота. С. Наделла развил предложенные Азимовым законы, подчеркнув, что искусственный интеллект разработан с целью помощи человечеству, уважая при этом достоинство последнего, а не для его замены. Творческая деятельность, включая рисование, архитектуру и музыку, могут быть исключительной прерогативой человека [Рябов И., 2016: 1].

В научной литературе имеются разные подходы к возможности привлечения к ответственности за работу искусственного интеллекта, включая: ответственность лица, запрограммировавшего робота; ответственность лица, использующего робота в качестве инструмента; ответственность самого интеллектуального робота [Морхат П.М., 2017: 132–141]. Непредсказуемость будущего поведения AI-робота заложена в цифровом алгоритме, весьма наглядно раскрытом в статье о проблемах безопасности искусственного интеллекта [Amodei D. et al., 2016: 1–29]. Так, наделяя робота самоорганизацией при плохом дизайне искусственного интеллекта, нельзя исключать его нежелательное обучение (машинное обучение), в том числе вызванное взломом программы.

Временную перспективу правовой регламентации юридической ответственности за деятельность искусственного интеллекта можно условно разделить на три периода: краткосрочный (ближайшие несколько десятилетий); среднесрочный (начиная с середины и до конца XXI века); долгосрочный (с начала XXII века).

3.1. В ближайшее время AI-роботы будут рассматриваться исключительно в качестве объекта права согласно положениям ст. 128 ГК РФ об объектах гражданских прав. Интеллектуального робота так же, как и киберфи-

зическую систему в виде программы для ЭВМ, можно будет продавать или отчуждать иным образом с учетом особенностей оборота данных объектов гражданских прав, установленных законодательством (ст. 129 ГК РФ).

По аналогии со ст. 1079 ГК РФ ответственность за деятельность, связанную с применением искусственного интеллекта, несут лица, использующие данные интеллект как объекта повышенной опасности. При этом под источником повышенной опасности понимается любая деятельность, осуществление которой создает повышенную вероятность причинения вреда из-за невозможности полного контроля за ней со стороны человека, а также деятельность по использованию, транспортировке, хранению предметов, веществ и других объектов производственного, хозяйственного или иного назначения, обладающих такими же свойствами (п. 18 Постановления Пленума Верховного Суда России от 26. 01. 2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина»<sup>10</sup>).

При рассмотрении дела в каждом случае суд вправе самостоятельно определять, относится тот или иной объект к категории «источника повышенной опасности». Очевидно, интеллектуальные роботы, а также интеллектуальные программные продукты ЭВМ к таким объектам права относятся. Следовательно, российское законодательство уже содержит необходимые нормы права, регламентирующие порядок привлечения к ответственности за деятельность искусственного интеллекта. Существующая правовая конструкция предполагает, что ответственность за работу искусственного интеллекта как в материальном воплощении (в виде робота), так и в цифровой форме (в виде киберфизической программы ЭВМ) несет лицо, владеющее искусственным интеллектом, в частности, для обеспечения своей производственно-хозяйственной деятельности.

Более удачно использование категории «владелец», которая должна рассматриваться в самом широком смысле. Так, владельцем AI-робота или AI-системы ЭВМ могут признаваться лица, обладающие правом собственности, правом хозяйственного ведения, правом оперативного управления либо на другом законном основании на данные объекты. К указанной категории лиц не относятся сотрудники юридического лица, работающие по трудовому либо гражданско-правовому договору.

Неверно отождествление понятий «владелец» и «пользователь», а также раскрытие дефиниции «владелец» через категорию «пользователь». В настоящем случае речь идет именно о владельце, в первую очередь несущем ответственность за вред, причиненный деятельностью искусственного интеллекта.

---

<sup>10</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 3.

В триаде правомочий собственника с позиции вещного права в отношении объектов материального мира (владение, пользование и распоряжение — ст. 209 ГК РФ), *владение* предполагает фактическое обладание вещью с потенциальной возможностью использования вещи (объекта права), в то время как пользование — извлечение полезных свойств объекта права. В частности, применительно к интеллектуальным роботам не каждый его владелец является пользователем (например, при передаче робота в пользовательскую аренду — ст. 606 ГК РФ, или во временное пользование по договору ссуды — ст. 689 ГК РФ). То есть извлечение полезных свойств робота в производственной деятельности субъектов предпринимательства может и в ряде случаев будет происходить в отрыве от его владения у пользователя. По сути, речь идет об управлении интеллектуальным роботом. Более того, предполагается, что робот будет самостоятельно управлять собой благодаря искусственному интеллекту, наделяющем его поведенческой автономией.

Общим подходом в законодательстве должно выступить положение о том, что ответственным лицом за работу искусственного интеллекта должен признаваться его владелец. Вместе с тем допустимо использовать конструкцию «ответственности фактического причинителя вреда» (пользователя). В частности, по аналогии с п. 2 ст. 1079 ГК РФ владелец искусственного интеллекта может доказать, что объект выбыл из его обладания в результате противоправных действий других лиц. В таком случае ответственность возлагается на лицо, противоправно завладевшее им. В случае виновного поведения владельца в противоправном изъятии этого источника из его обладания ответственность может быть возложена как на владельца, так и на лицо, противоправно завладевшее источником повышенной опасности. То есть дается правовая оценка поведению каждого участника правоотношения.

В предпринимательской деятельности участников рынка с использованием искусственного интеллекта наступление ответственности не должно зависеть от наличия либо отсутствия вины. Речь идет о предпринимательско-правовой ответственности (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Освобождение субъектов предпринимательства от ответственности за работу искусственного интеллекта может быть только в случаях непреодолимой силы, обстоятельства которых устанавливаются Торгово-промышленной палатой<sup>11</sup>. Робот с AI либо AI-киберфизическая система является движимым имуществом (ст. 130 ГК РФ). Однако в силу п. 38 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I

<sup>11</sup> См.: ст. 15 Закона РФ от 7.07.1993 № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 33. Ст. 1309 (ред. Федерального закона от 30.12.2015 № 451-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации») // СЗ РФ. 2016. № 1 (часть I). Ст. 71

части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>12</sup> допускается признание недвижимостью ряда машин, прочно связанных с землей, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно. Квалификация будет зависеть от качественно-технических характеристик объекта. Данное обстоятельство является существенным при установлении владельца и пользователя искусственным интеллектом. Вероятно, робот сможет иметь как учетный номер (движимое имущество), так и быть в структуре кадастрового номера недвижимого имущества<sup>13</sup>.

Вторым ответственным лицом следует признавать создателей (производителей) AI-робота либо AI-программного комплекса ЭВМ, поскольку владелец искусственного интеллекта не всегда технически способен воздействовать на работу искусственного интеллекта, равно как и предугадать их поведение.

В данном вопросе можно использовать аналогию с некачественной продукцией, в частности — искусственного интеллекта. Так, в силу ст. 1095 ГК РФ вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу гражданина либо имуществу юридического лица вследствие конструктивных, рецептурных или иных недостатков AI-робота либо AI-программного комплекса ЭВМ, а также вследствие недостоверной или недостаточной информации об искусственном интеллекте, подлежит возмещению: 1) продавцом или 2) изготовителем, независимо от их вины и от того, состоял потерпевший с ними в договорных отношениях или нет. Выбор ответственного лица, к которому будут предъявляться претензии, остается за потерпевшим (п. 1 ст. 1096 ГК РФ, п. 35 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей»<sup>14</sup>).

Таким образом, ответственность за деятельность искусственного интеллекта несут: владелец AI; разработчик (создатель) AI.

Приведенное обоснование к рассмотрению искусственного интеллекта в качестве объекта права либо в структуре объекта права не требует существенного изменения юридической доктрины.

3.2. Следующий этап развития робототехники позволит говорить о наличии у роботов свойств субъектов права. Заслуживает внимания предложенный В.В. Архиповым и В.Б. Наумовым проект поправок к подразделу ГК РФ «Лица», в котором предлагается ввести новых участников общественных от-

<sup>12</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

<sup>13</sup> См.: гл. 3 и 6 Федерального закона от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» (в ред. Федерального закона от 25.12.2018 № 478-ФЗ // СЗ РФ. 2018. № 53 (часть I). Ст. 8404.

<sup>14</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 9.

ношений — «робота-агента» и «владельца робота-агента»; подраздел «Объекты гражданских прав» дополняется особым объектом имущества — «роботом» [Архипов В.В., Наумов В.Б., 2017: 53-56]. При этом для определения понятия «робота» (как имущество) делается бланкетная отсылка к положениям законодательства о робототехнике, а при определении «робота-агента» раскрывается его правоспособность (как субъекта права) и дается авторское видение данной дефиниции.

Рациональное зерно кроется в гибком подходе и признании в одних случаях робота субъектом права, а в других — объектом права. Для этого в правоведении необходимо определить соответствующие критерии.

Предложенный термин «робот-агент» имеет особенности. Перспективной стороной данного предложения является легализация робота как правоспособного участника правоотношений. Вместе с тем спорно утверждение, что собственник и владелец робота-агента несут ответственность за робота-агента, поскольку первоначальное утверждение (о наличии у робота-агента обособленного имущества и способности отвечать по своим обязательствам) предполагает самостоятельную личную ответственность робота-агента. Требуется доработки предложение о привлечении к ответственности его собственника и владельца за действия робота-агента, за исключением случаев вины лица, разработавшего, обслуживающего или производившего робота-агента.

Дефиниция «робот-агент» ассоциируется с конструкцией агентирования, согласно которой по агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала (п. 1 ст. 1005 ГК РФ). Остается только неясным — если робот действует от своего имени, то можно ли рассматривать его поведение как «действия в своем интересе»? Ведь робот — явление, придуманное человеком в интересах общества. Речь тогда может идти лишь об «операционных» либо «технических» интересах робота, для достижения которых он создан и запрограммирован.

Исторически предназначение робота и его создание человеком позволяют утверждать, что сделки с третьим лицом совершаются роботом-агентом от имени и за счет принципала, права и обязанности возникают непосредственно у принципала, а не у робота. Хотя можно допустить и совершение роботом-агентом сделок от своего имени и за счет принципала, по которым приобретает права и становится обязанным агент, хотя бы принципал и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки.

Рассмотрение правосубъектности робота не должно привязываться к различным договорным конструкциям (в том числе к агентированию). В противном случае само утверждение о правосубъектности, существующей в связке и без отрыва от иных участников гражданского оборота, может поставить ее под сомнение. Объективное признание робота участником отношений должно основываться на наличие у него искусственного интеллекта, позволяющего самостоятельно организовывать свое поведение (самоорганизация) и принимать последовательные решения. В этих целях предлагается специально использовать категории «робот, обладающий искусственным интеллектом» либо «интеллектуальный робот», что практически одно и то же.

Действительно, трудно провести четкую грань, разделяющую специфику правоспособности робота и других участников гражданского оборота, и тем более предугадать дальнейшее развитие отношений с участием AI-роботов. Во всех случаях нужно учитывать, что искусственный интеллект априори действует в интересах человечества.

Интересной видится трансформация в будущем понятий «общественное отношение» и «правоотношение». Так, правоотношение — это регулируемое законодательством общественное отношение с участием субъектов прав: граждан, лиц без гражданства, иностранцев, организаций, государства и его государственных органов, и должностных лиц [Керимов Д.А., 2000: 215–224]. Следовательно, возникает вопрос: можно ли именовать отношения между людьми и (или) AI-роботом «общественными»?

Имеет смысл выделить категорию «AI-отношения» или «киберфизические отношения» — отношения с участием AI-роботов и (или) автономных AI-киберфизических систем. Субъектами рассматриваемых отношений могут признаваться индивидуальные (физические лица) и коллективные лица (например, корпоративные организации и предпринимательские объединения), публично-правовые образования, а также AI-роботы или AI-программные комплексы (киберфизические системы).

При оценке путей развития общественных отношений недопустимо рассматривать вопрос о правосубъектности искусственного интеллекта в отрыве от его физического нахождения, т.е. материально-технического воплощения (например, в роботе или в процессоре ЭВМ). Иначе утрачиваются свойства субъекта права — имущественное обособление и способность нести имущественную ответственность. Вместе с тем нельзя исключать вариант развития AI-отношений и законодательства, когда ответственность может наступать в цифровой форме — «цифровая ответственность» («киберфизическая ответственность»), применение которой будет в цифровом и (или) виртуальном пространстве.

Юридическая ответственность представляет собой претерпевание неблагоприятных последствий при неправомерном поведении участников правоотношения. По сути, применение ответственности обусловлено осуждением правонарушителя либо иного ответственного в силу закона, либо договора лица. Применение юридической ответственности имеет как профилактический (предотвращает будущие правонарушения), так и восстановительный характер (например, имущественных интересов сторон договора). Соответственно интересным стал вопрос о привлечении к ответственности AI-роботов или AI-программных комплексов ЭВМ.

Признание роботов субъектом права неизбежно позволит привлекать их к ответственности.

В данной проблематике следует оценить роль создателей (производителей) искусственного интеллекта. Очень тонким будет вопрос о привлечении их к юридической ответственности. Предлагаются следующие принципиальные подходы: производители AI несут ответственность только в случае целенаправленного создания интеллекта в целях совершения правонарушения; само по себе создание искусственного интеллекта, способного совершать негативные действия, не влечет за собой юридической ответственности его создателя.

Примером второго тезиса, в частности, служат военные AI-роботы для уничтожения противника, в том числе его живой силы. Значимым при определении юридических последствий также будут действия оператора, управляющего поведением данных роботов.

Применительно к роботам их юридическая ответственность будет иметь особый характер. Вряд ли моральное порицание будет иметь значение для робота. Однако нельзя исключить возможного развития технологий и искусственного интеллекта, позволяющих оценить морально-нравственную сторону в поведении AI-робота. Киберфизическая ответственность может быть имущественной (например, компенсация ущерба) или административной (в частности, штраф или дисквалификация). По крайней мере, для этого будут все предпосылки. Возможно, в будущем будет применение мер уголовной ответственности к роботам как крайней меры в случае совершения ими действий, посягающих на жизнь и здоровье человека, а изменение программы искусственного интеллекта не будет возможным в силу конструктивных особенностей искусственного интеллекта (например, тотальная утилизация робота).

Немаловажным будет вопрос о пределах юридической ответственности AI-робота. В частности, допускаем ли мы признание в будущем робота несостоятельным (банкротом)? На первый взгляд, перспективы сомнительны. Вместе с тем нельзя исключать и такого хода развития законодательства, при

котором будет реальным признание AI-робота несостоятельным и техническое ограничение его участия в гражданском обороте на соответствующий период времени (по аналогии с последствиями банкротства гражданина<sup>15</sup>).

Предлагается вспомнить конструкцию субсидиарной ответственности — ответственности лица (субсидиарно обязанного, в рассматриваемом случае — создателя) дополнительно к ответственности лица (основного должника, в данном случае AI-робота) в случае отказа или невозможности удовлетворения основным должником своих обязательств перед кредитором (ст. 399 ГК РФ). Создатель искусственного интеллекта не освобождается от ответственности, если его разработка, признанная субъектом права, не способна быть надлежащим и добросовестным участником правоотношений.

Предложенный тезис также нуждается в оговорке. В частности, например, если поведение AI-робота вышло за рамки возможного разумного предвидения его создателя. При проектировании объектной функции для системы искусственного интеллекта разработчик задает цель, а не конкретные шаги для ее достижения; наделение большей автономией искусственного интеллекта увеличивает шанс на ошибку [Sodhani S., 2018: 1]. Например, по аналогии с эксцессом исполнителя в уголовном праве — совершение исполнителем преступления, не охватывающегося умыслом других соучастников (ст. 36 УК РФ). За эксцесс исполнителя другие соучастники преступления уголовной ответственности не подлежат (см. п. 1 Обзора законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ от 29.12. 2006 за III квартал 2006 г.<sup>16</sup>). Создатель искусственного интеллекта за его действия, даже повлекшие причинение вреда жизни и здоровья человека, при доказанности юридического факта — эксцесса AI-робота, отвечать не должен.

Ответственность искусственного интеллекта — важнейший вопрос для будущих правоведов. По данной проблематике следует выработать алгоритм установления юридических фактов (событий и действий/бездействий), связанных с поведением робота или действиями киберфизической системы. Речь идет об аутентификации поведения (действия/бездействия) искусственного интеллекта и привязки его действий (решений) к конкретному роботу или процессору ЭВМ.

В данном направлении для оценки действий робота как в настоящее время, так и ближайшем будущем полезна система распределенного реестра данных, основанная на технологии блокчейн [Nakamoto S., 2008: 1–9], по-

---

<sup>15</sup> См.: гл. X Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190 (в ред. Федерального закона от 27.12.2018 № 514-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О рынке ценных бумаг» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования правового регулирования осуществления эмиссии ценных бумаг» // СЗ РФ. 2018. № 53 (часть I). Ст. 8440).

<sup>16</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 6.

звонящая последовательно фиксировать действия искусственного интеллекта. Администратором данного реестра должен выступить на начальном этапе владелец искусственного интеллекта, а впоследствии — сам робот, но при условии соблюдения достоверности. По крайней мере в случае признания за роботом свойств субъекта права, компетентные государственные органы должны обладать технической возможностью установления фактически совершенных действий, даже при поломке робота (аналог «черного ящика»). Предложенный подход позволяет утверждать, что ответственность за деятельность искусственного интеллекта будут нести: 1) AI-робот; 2) разработчик (создатель) AI; 3) владелец AI.

3.3. Развитие робототехники трансформирует все привычные понятия об участниках отношений. Наличие электричества и Интернета обеспечит виртуальное пространство, в котором будут существовать как цифровые объекты, так и цифровые субъекты права. Виртуальное пространство представляет собой искусственно созданный цифровой мир, существование которого будут обеспечивать инструменты материального мира: процессоры (Intel, IBM, AMD) и системы облачных хранилищ данных (на многочисленных онлайн-распределенных реестрах, включая архитектуру).

В будущем в XXII веке возможно признание искусственного интеллекта, способного совершать цифровые действия — решения (как с их материализацией в реальном мире, так и без таковой), субъектом права.

Предыдущий этап (среднесрочная перспектива) отличается от будущего, прежде всего тем, что признанию правосубъектности AI-робота предшествует материализация поведения робота в реальном мире посредством совершения им действий, порождающих юридические факты (например, предпринимательской деятельности). Таким образом, в среднесрочной перспективе процессор AI-робота выполняет лишь цифровую вычислительную функцию, аналогично мозгу человека, выступает составным элементом робота и рассматривается как объект права.

Искусственный интеллект в киберфизическом пространстве в будущем будет приобретать правосубъектность и признаваться участником киберфизических отношений в цифровом пространстве даже с учетом того, что AI-система привязана к материальному носителю (вычислительному процессору).

Построение конструктивных правовых моделей решения вопроса о юридической ответственности AI-интеллекта в виртуальном мире, по понятным причинам, сейчас трудно. В данной проблематике помогут разобраться программисты, способным логически и достоверно распознавать путь решений и иных вычислительных действий, совершенных искусственным интеллектом.

Разумеется, как и на втором этапе, не освобождается от ответственности и разработчик AI, поскольку, в первую очередь, его творение и начальные ал-

горитмы, заложенные при создании AI-интеллекта, также определяют его развитие и самоорганизацию. Разумеется, непреднамеренное самопроизвольное отклонение искусственного интеллекта от начально заданной в нем цели, в том числе посредством вмешательства в его работу третьих лиц не должно автоматически налагать юридическую ответственность на его создателя. В каждом случае следует давать технико-правовую оценку характеру и последствиям действий искусственного интеллекта.

Важно отметить, что юридическая кибер-ответственность имеет прежде всего регулятивную и охранительную функции, обеспечивающие нормальную организацию отношений в киберпространстве и стабильность киберфизических отношений. Такие функции юридической ответственности, как воспитательная и предупредительная, не имеют значения для искусственного интеллекта. Трудно представить, каким образом рассматриваемая ответственность позволит изменить в будущем сознание правонарушителя — киберфизической системы, которой не свойственны такие присущие человеку чувства, как стыд или сострадание. Данное направление развития права потребует принятия Киберфизического кодекса или Цифрового кодекса, регулирующего киберфизические отношения участников цифрового пространства.

Рассматриваемый период развития робототехники и искусственного интеллекта также не исключает юридической ответственности создателя AI-интеллекта. Наглядным примером служат случаи с киберпреступлениями, а именно мошенничеством, связанным с операциями по банковским картам или конфиденциальной цифровой информацией. В частности, когда вычислительная программа выходит из-под контроля оператора (владельца) и становится неуправляемой, в результате чего искусственный интеллект самопроизвольно и хаотически совершает преступления (например, хищение чужого имущества путем вмешательства в функционирование средств передачи компьютерной информации или Интернета — ст. 159.6 УК РФ). При этом судебная практика полагает обязательным дополнительно квалифицировать любое мошенничество в сфере компьютерной информации, совершенное посредством неправомерного доступа к компьютерной информации или посредством создания, использования и распространения вредоносных компьютерных программ, по ст. 272, 273 и 274.1 УК РФ (п. 20 постановления Пленума Верховного Суда от 30. 11. 2017 №48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»<sup>17</sup>).

Предложенный выше подход к третьему этапу развития искусственного интеллекта позволяет определить следующий круг ответственных лиц за деятельность искусственного интеллекта: 1) AI-интеллект; 2) разработчик (создатель) AI.

---

<sup>17</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 2.

## Заключение

Предлагаемые временные этапы развития робототехники, искусственного интеллекта и законодательства, определяющего правосубъектность и юридическую ответственность искусственного интеллекта, характеризуется следующим.

### 1. Ближайшая перспектива

Робот с искусственным интеллектом будет рассматриваться в качестве объекта права. Юридическую ответственность за работу искусственного интеллекта несет оператор либо иное лицо, задающее параметры его работы и управляющее его поведением. Ответственным лицом также признается создатель (изготовитель) искусственного интеллекта.

### 2. Среднесрочная перспектива

AI-роботы приобретают правосубъектность и выступают участниками отношений, несут самостоятельную юридическую ответственность. Ответственность создателя искусственного интеллекта приобретает субсидиарный характер, наряду с ответственностью робота. Правовое регулирование поведения AI-робота будет основано на принципе автономии его воли, но в пределах основной цели его создания — служить во благо человечества.

Управление роботом будет в режиме самоуправления.

### 3. Долгосрочная перспектива

Правосубъектность будет существовать у искусственного интеллекта уже в виртуальном (цифровом) пространстве в отрыве от материального мира. Киберфизическая юридическая ответственность будет иметь регулятивную и охранительную функцию, в то время как воспитательная и предупредительная функция уйдут на второй план. Потребуется принятие кодифицированного нормативного правового акта, определяющего правовое положение субъектов и содержание киберфизических отношений, юридические факты и механизмы привлечения к юридической ответственности.

## Библиография

Алексеев С.С. Государство и право. М.: Юрист, 1994. 192 с.

Архипов В.В., Наумов В.Б. Искусственный интеллект и автономные устройства в контексте права: о разработке первого в России Закона о робототехнике // Труды СПИИ РАН. 2017. Вып. 6. С. 46-62.

Гурко А. Искусственный интеллект и авторское право: взгляд в будущее // Авторское право и смежные права. 2017. N 12. С. 7-18.

Занковский С.С., Михайлов Н.И. (ред.) Предпринимательское право в XXI веке: истоки и перспективы. М.: Проспект, 2018. 557 с.

Илющенко Р., Башелханов И. России будущего нужен Цифровой кодекс URL:[http://ruskline.ru/analitika/2018/02/7/rossii\\_buduschego\\_nuzhen\\_cifrovoj\\_kodeks/](http://ruskline.ru/analitika/2018/02/7/rossii_buduschego_nuzhen_cifrovoj_kodeks/) (дата обращения: 25.06.2018).

Керимов Д.А. Проблемы общей теории государства и права. Т.1. М.: Наука, 2000. 265 с.

Лаптев В.В. Предпринимательское право и реальный сектор экономики. М.: Инфо-тропик, 2010. 88 с.

Морхат П.М. Искусственный интеллект: правовой взгляд. М.: Буки Веди, 2017. 257 с.

Незнамов А. Законы робототехники. Как регулировать искусственный интеллект. URL: <http://www.forbes.ru/tehnologii/355757-zakony-robototehniki-kak-regulirovat-iskusstvennyu-intellekt> (дата обращения 15-06-2018).

Незнамов А., Наумов В. Модельная конвенция о робототехнике и искусственном интеллекте. Правила создания и использования роботов и искусственного интеллекта 2017. URL: [http://robopravo.ru/modielnaia\\_konvientsiia](http://robopravo.ru/modielnaia_konvientsiia) (дата обращения 25-06-2018).

Осипов Г.С. Искусственный интеллект: состояние исследований и взгляд в будущее // Новости искусственного интеллекта. 2001. N 1. С. 3–13.

Рябов И. 10 законов и ИИ от Сатьи Наделлы 2017. URL: <http://droider.ru/post/10-zakonov-dlya-lyudey-i-ii-ot-sati-nadellyi-30-06-2016/> (дата обращения 22-06-2018).

Тягай Е.Д. (ред.) Корпоративные отношения: комплексные проблемы теоретического изучения и правового регулирования. М.: Норма, 2014. 144 с.

Харитонов Ю.С. Правовое значение фиксации интеллектуального права с помощью технологии распределенных реестров // Право и экономика. 2018. N 1. С. 15–21.

Amodei D. et al. Problems in AI Safety // arXiv:1606.06565v1 [cs.AI] 2016. URL: <https://arxiv.org/pdf/1606.06565v1.pdf> (дата обращения 04.07.2018)

Azimov A. Robotaround. N.Y.: Basic Books, 1960. 253 p.

Nakamoto S. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (дата обращения: 15.06.2018)

Sodhani S. Summary of Problems in AI Safety. 2018. URL: <https://futureoflife.org/2018/06/26/a-summary-of-concrete-problems-in-ai-safety/> (дата обращения: 04.07.2018)

Williams R., Herrup K. (1988) The Control of Neuron Number. Annual Review of neuroscience, vol. 11, pp. 423-453.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 2

### Artificial Intelligence and Liability for its Work



**Vasily A. Laptev**

Assistant Professor, Department of Entrepreneurial and Corporate Law, Moscow State Legal University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovo-Kudrinskaya Street, 125593 Moscow, Russia. E-mail: [laptev.va@gmail.com](mailto:laptev.va@gmail.com)



#### Abstract

Industrial revolution transformed idea of ways and means of production. Introducing robots in the real sector of economy became inevitable process. Degree impact of the person on production cycle decreases gradually and replaced by programs determining behavior of robots and a mentality of artificial intelligence by digital algorithms. Primary researches of artificial intelligence have found reflections in works of software engineers. The legal treatment of the nature of artificial intelligence and a regulation of his use became

the big task for domestic jurists. The analysis of possible approaches to disclosure of the concept “artificial intelligence” as legal category and his ratio with the concepts of robot and cyberphysical system is provided in the article. Issues of liability for work of artificial intelligence are revealed. The possibility of recognition for the robot (car) with artificial intelligence, status of a legal entity is studied. The possibility of recognition of legal personality of artificial intelligence in cyberphysical space is separately considered. Work purpose is to offer ways of development of the legislation in the conditions of digitalization of Russian economy and introduction of artificial intelligence. Methods of analysis, synthesis, generalization, induction and deduction, interpretation, classification and comparative methods were used. The research will allow to improve legal regulation of artificial intelligence in economy. Author’s look to disclosure of categories of artificial intelligence, intellectual systems and robot from a position of Russian law is offered. Mechanisms of attraction to legal responsibility of appropriate subjects of the right are defined. Author allocates three stages: short-term, medium-term and long-term temporary prospects of development of the legislation defining legal capacity of the robot and artificial intelligence in cyberphysical space, the maintenance of the cyberphysical relations and also the bases of attraction to legal responsibility of participants of the considered relations. Legal regulation of economic activity with use of artificial intelligence has to be based on the principle of convergence of technology and rules of law.



## Keywords

artificial intelligence, machine intelligence, digital economy, right of robots, digital right, legal personality of the robot, cyberphysical relations, liability, cyberphysical responsibility, distributed register.

**Acknowledgments:** The work was supported by the RFBR (research project N 18-29-16079).

**For citation:** Laptev V.A. (2019) Artificial Intelligence and Liability for its Work. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 79–102 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.79.102



## References

- Alekseev S.S. (1994) *State and Law*. Moscow: Yurist, 192 p. (in Russian)
- Amodei D. et al. (2016) Problems in AI Safety // arXiv:1606.06565v1 [cs.AI] 21 Jun 2016 // <https://arxiv.org/pdf/1606.06565v1.pdf> (accessed: 04.07.2018)
- Arhipov V.V., Naumov V.B. (2017) Artificial Intelligence in Context of the Russia’s First Law on Robotics. *Trudy SPII RAN*, no 6, pp. 46–62 (in Russian)
- Azimov A. (1960) *Robotaround*. N.Y.: Basic Books, 253 p.
- Gurko A. (2017) Artificial intelligence and copyright: prospection. *Avtorskoe pravo i smezhnyie prava*, no 12, pp. 7–18 (in Russian)
- Ilyuschenko R., Bashelhanov I. (2018) Is Necessary to Russia the Future of the Digital Code. Available at: [http://ruskline.ru/analitika/2018/02/7/rossii\\_buduwego\\_nuzhen\\_cifrovoj\\_kodeks/](http://ruskline.ru/analitika/2018/02/7/rossii_buduwego_nuzhen_cifrovoj_kodeks/) (accessed: 25.06.2018)
- Kerimov D.A. (2000) *Theory of State and Law*. Moscow: Prospect, 265 p. (in Russian)
- Kharitonova Yu.S. (2018) Legal Value of Fixing of Intellectual ight by technology of the distributed registers. *Pravo i ekonomika*, no 1, pp. 15–21 (in Russian).

- Laptev V.V. (2010) *Enterprise Law and Real Sector*. Moscow: Infotropik, 88 p. (in Russian)
- Morhat P. (2017) *Artificial Intelligence: a Legal Look*. Moscow: Buki vedi, 257 p. (in Russian)
- Neznamov A. (2018) How to Regulate Artificial Intelligence. Available at: URL: <http://www.forbes.ru/tehnologii/355757-zakony-robototekhniki-kak-regulirovat-iskusstvennyy-intellekt> (accessed: 15.06.2018)
- Neznamov A., Naumov V. (2017) Rules of Creation and Use of Robots and Artificial Intelligence. Available at: [http://robopravo.ru/modielnaia\\_konvientsiia](http://robopravo.ru/modielnaia_konvientsiia) (accessed: 25.06.2018)
- Nakamoto S. (2008) Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Available at: URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (accessed: 15.06.2018)
- Osipov G.S. (2001) Artificial intelligence: condition of researches and prospection. *Novosti iskusstvennogo intellekta*, no 1, pp. 3–13 (in Russian)
- Ryabov I. (2016) 10 laws for people and AI from Satya Nadella. Available at: URL: <http://droider.ru/post/10-zakonov-dlya-lyudey-i-ii-ot-sati-nadellyi> (accessed: 22.06.2018)
- Sodhani S. (2018) A Summary of Concrete Problems in AI Safety. Available at: <https://futureoflife.org/2018/06/26/a-summary-of-concrete-problems-in-ai-safety/> (accessed: 04.07.2018)
- Tyagay E.D. (ed.) (2014) *Corporate Relations: Issues of Theoretical Studying and Legal Regulation*. Moscow: Norma, 144 p. (in Russian)
- Williams R., Herrup K. (1988) The Control of Neuron Number. *Annual Review of neuroscience*, no 11, pp. 423–453. Available at: DOI: 10.1146/annurev.ne.11.030188.002231.
- Zankovskiy S.S., Mihaylov N.I. (eds.) (2018) *Enterprise Law in the 21st Century: Sources and Prospects*. Moscow: Prospekt, 557 p. (in Russian)

# Публичный финансовый контроль: выявление сущности явления

---

---



**Е.В. Рябова**

доцент департамента дисциплин публичного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: evryabova@hse.ru

---



## Аннотация

Финансовый контроль в доктрине финансового права понимается как термин, объединяющий любую контрольную деятельность государства и местного самоуправления в финансовой сфере. Это свидетельствует о применении отраслевого подхода к пониманию финансового контроля, при этом ученые выдвигают различные позиции, объясняющие отнесение налогового контроля, валютного контроля и контроля (надзора) со стороны Банка России, в том числе контроля в сфере денежного обращения к разновидностям публичного финансового контроля. Учеными выдвигались ранее и до сих пор выдвигаются идеи интеграции всех видов публичного контроля в рамках одного закона о государственном и муниципальном финансовом контроле. В статье обоснована несостоятельность отраслевого подхода к финансовому контролю и предлагается применение сущностного подхода к выработке доктринального понятия финансового контроля. Ближайшее рассмотрение финансового контроля и соотнесение его с валютным, налоговым контролем и банковским надзором по предмету и целям демонстрирует их сущностные различия. Публичный финансовый контроль не объединяет различные виды публичного контроля в финансовой сфере, а является самостоятельным видом контроля наравне с налоговым и валютным. В статье также проводится дифференциация между контролем и надзором, прежде всего в зависимости от включения в управление финансовыми ресурсами. Обосновывается несостоятельность суждений об отнесении аудита к видам финансового контроля. Изучение нормативной базы финансового контроля позволяет утверждать, что он является категорией не только публичного, но и частного права; прежде всего финансовый контроль осуществляется собственником финансовых ресурсов как заинтересованным лицом. Автор критикует идею о закреплении в Бюджетном кодексе России термина «бюджетный контроль» в силу того, что данное изменение будет носить лишь редакционный характер и не позволит выстроить единую систему публичного контроля в финансовой сфере в рамках единого законодательного акта.

---



## Ключевые слова

финансовый контроль, бюджетный контроль, налоговый контроль, валютный контроль, надзор, государственный аудит, публичный финансовый контроль.

---

---

**Благодарность:** Статья подготовлена при информационной поддержке СПС «КонсультантПлюс».

**Для цитирования:** Рябова Е.В. Публичный финансовый контроль: выявление сущности явления // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 103–123.

УДК: 342

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.103.123

## **Введение**

Понятие финансового контроля в науке финансового права не имеет устоявшегося смыслового и содержательного наполнения. Законодатель использует узкий подход к закреплению данного понятия в законе, наука же — чрезмерно широкий. В последнее время в доктрине финансового права все чаще применяется термин «бюджетный контроль», хотя законодателю данное понятие неизвестно. Однако при разработке новой редакции Бюджетного кодекса Российской Федерации выдвигается идея закрепления данного понятия для отграничения государственного и муниципального контроля в финансово-бюджетной сфере от такового контроля в иных сферах общественных отношений. Целью настоящего исследования является не критика или поддержка выдвигаемой идеи относительно бюджетного контроля в силу того, что переименование скорее является редакционным действием, а вскрытие сути финансового контроля и выделения его дифференциальных признаков на основе анализа различных нормативных источников, не ограничиваясь источниками финансового права.

### **1. Доктринальное понятие финансового контроля: постановка проблемы**

Государство воздействует на участников распределительных экономических отношений с помощью финансового права, не только регулируя и предопределяя их поведение, но и осуществляя в активной форме контрольные мероприятия с целью соблюдения финансовой дисциплины. Во всех сферах общественных отношений, формирующих предмет финансового права, осуществляется государственный и муниципальный — публичный<sup>1</sup> — кон-

---

<sup>1</sup> Объединение государственного и муниципального контроля под одним понятием публично-го контроля тоже может иметь спорный характер. Однако в настоящем исследовании мы будем понимать под публичным контролем именно контроль со стороны уполномоченных органов государственной власти (государственных органов) либо юридических лиц публичного права (например, Банка России), т.е. государственный контроль, а также контроль со стороны уполномоченных органов местного самоуправления (муниципальных органов) — муниципальный контроль.

троль. В зависимости от сферы финансовых отношений традиционно выделяют различные **виды** публичного контроля (надзора):

финансовый («бюджетный») контроль (осуществляется в сфере бюджетных правоотношений);

налоговый контроль (осуществляется в сфере налоговых правоотношений);

валютный контроль (осуществляется в сфере валютных правоотношений);

банковский надзор (осуществляется в сфере банковских правоотношений (надзор за кредитными организациями));

надзор в сфере финансовых рынков за некредитными финансовыми организациями, включая надзор в сфере страховых правоотношений.

Выделение данных видов основано на их нормативном закреплении и, в том числе является традиционным в доктрине. Профессор Д.Л. Комягин обозначил составляющие «контроля за публичными ресурсами» — государственный финансовый контроль (бюджетный контроль), налоговый, таможенный, валютный, парламентский контроль, контроль в сфере закупок и государственный стратегический контроль, а также проблему «их интеграции в рамках какой-то обобщенной деятельности, то есть создания целостной системы контроля» [Комягин Д.Л., 2015: 10-12]. Между тем мы полагаем, что система контроля за публичными ресурсами представляет собой более емкое понятие, включающее не только государственный и муниципальный контроль, но и общественный контроль, а выделение составляющих одного явления должно быть произведено по единому критерию. К тому же интеграция всех видов контроля над публичными ресурсами и их систематизация в рамках одного закона о финансовом контроле (что неоднократно предлагалось и продолжает предлагаться в доктрине) кажется невозможной и нерациональной в силу того, что финансовый контроль — не собирательное понятие, а явление с отличительными признаками, что доказывается в настоящей статье.

Очевидно, что публичный контроль (надзор)<sup>2</sup> в сфере финансовых правоотношений не однороден, в каждой области правоотношений применяются собственные методологические установки и подходы. Контрольные правоотношения включают: 1) субъект контроля — публичный субъект, а именно, орган государственной власти (государственный орган), орган местного самоуправления, Банк России<sup>3</sup>; 2) объект контроля — подконтрольный субъект, который может быть как публичным субъектом (например, госу-

<sup>2</sup> О разграничении контроля и надзора будет сказано ниже.

<sup>3</sup> Публичный финансовый контроль может осуществляться и иными юридическими лицами публичного права, в случае надления их такими полномочиями, к примеру, государственными корпорациями.

дарственный орган), так и частным субъектом (например, организация — налогоплательщик); 3) предмет контроля — соблюдение объектом контроля норм финансового права (например, предметом налогового контроля является полнота и своевременность уплаты налогов и иных налоговых платежей); 4) методы контроля — совокупность способов и приемов, применение которых позволяет выявлять отклонения в поведении субъекта финансового права — объекта контроля — от финансово-правовых предписаний.

В доктрине устоялась концепция финансового контроля, не имеющая законодательного подкрепления. В литературе термин «финансовый контроль» используется широко, может быть более емким, нежели контроль в финансово-бюджетной сфере, и включать разные виды публичного контроля, к примеру, налоговый, валютный, банковский, страховой. Такое понимание финансового контроля является традиционным [Грачева Ю.А., 2000: 113]; [Козырин А.Н., 2014: 66-76].

Обыкновенно ученые, рассматривая финансовый контроль в самом широком понимании, в целях обозначения финансового контроля в бюджетной сфере, именуют его бюджетным контролем [Омелехина Н.В., 2018: 87]. Некоторые авторы пытаются дать определение бюджетному контролю, выделяя его специфику. Например, И.Б. Лагутин пишет, что бюджетный контроль применительно к региональному уровню — это «организация и деятельность уполномоченных органов по проверке законности и эффективности движения публичных денежных фондов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, а также использования публичного имущества» [Лагутин И.Б., 2017: 236]. В книге «Бюджетный контроль» он определен как «деятельность представительных и исполнительных органов государственной власти, местного самоуправления, а также специализированных контрольных органов по проверке законности, своевременности, правильности, эффективности и результативности образования, распределения и использования основного финансового плана — бюджета, осуществляемая на всех стадиях бюджетного процесса в Российской Федерации» [Болтинова О.В., 2018: 29]. Мы тоже так поступили, перечисляя виды публичного контроля в финансовой сфере, однако заключили данный термин в кавычки намеренно, в силу того, что бюджетный контроль — суть финансовый контроль, а использование термина «бюджетный контроль» возможно исключительно в целях обозначения исследуемого объекта как совокупности однородных общественных отношений и нецелесообразно в целях правового регулирования.

Однако включение термина «бюджетный контроль» в корпус новой редакции Бюджетного кодекса Российской Федерации (далее — БК РФ) послужило толчком к распространению данного термина в науке финансового

права<sup>4</sup> и даже его активному исследованию как «нового» явления. К примеру, Т.А. Вершило анализирует различные научные определения бюджетного контроля и выделяет признаки бюджетного контроля как особого «автономного» вида публичного финансового контроля: «... является разновидностью финансового контроля... осуществляется в особом юридическом процессе — бюджетном как на стадии планирования, так и исполнения, а также в отчетной стадии... осуществляется в бюджетной деятельности государства... данный вид контроля направлен на оценку эффективности государственного (муниципального) управления в бюджетной сфере и оценку эффективности управления бюджетом» [Вершило Т.А., 2017: 18–19].

Авторы работы «Контроль в финансово-бюджетной сфере» указывают: «Очевидным является то, что финансовый контроль — это контроль, осуществляемый в сфере финансов» [Кучеров И.И., Поветкина Н.А., 2016: 21]. В настоящем исследовании мы пытаемся опровергнуть устоявшееся представление о финансовом контроле и доказать, что государственный финансовый контроль не включает налоговый, валютный и прочие виды контроля в финансовой сфере. Финансовый контроль — родовое наименование любой контрольной деятельности уполномоченных субъектов финансового права, у финансового контроля есть предмет, цели и задачи, участники и прочие необходимые элементы контрольной деятельности. Классификация финансового контроля на государственный, муниципальный, общественный и аудиторский, предложенная в учебнике под редакцией Н.И. Химичевой [Химичева Н.И., 2012: 157], на наш взгляд, не выдерживает критики. Классифицировать можно только конкретное единое явление, в этой же классификации мы видим смешение аудита и финансового контроля, которые являются разнопорядковыми категориями. Аудит не может являться разновидностью финансового контроля, так как финансовый контроль является управленческой деятельностью, компонентой управления финансовыми ресурсами<sup>5</sup>, тогда как аудит осуществляется независимо от субъекта управления, он не включен в процесс управления финансовыми ресурсами и направлен на управление в целом. К тому же аудит выступает средством финансового контроля, осуществляемого собственниками финансовых ресурсов или имущества в частных или публичных интересах.

Такая позиция согласуется с положением п. 3 ст. 18 Лимской декларации руководящих принципов контроля, согласно которому все управление

<sup>4</sup> Для обозначения финансового контроля в бюджетной сфере термин «бюджетный контроль» применяют [Андреева Е.М., 2018: 40–48]; [Лагутин И.Б., 2015: 15]; [Комягин Д.Л., 2017: 10–11]; [Грачева Е.Ю., 2013: 169].

<sup>5</sup> Е.Ю. Грачева рассматривает финансовый контроль как «неотъемлемый элемент управления финансами и денежными потоками на макро- и микроуровнях для обеспечения целесообразности и эффективности финансовых операций» [Грачева Е.Ю., 2013: 127].

государственными финансами, независимо от того, отражены они в национальном бюджете или нет, должно быть объектом контроля высшего контрольного органа<sup>6</sup>. Данное положение имеет принципиальное значение для понимания конституционной модели функционирования Счетной палаты именно как органа государственного аудита<sup>7</sup>. На сегодняшний день, к сожалению, законодатель не смог провести четкую черту между государственным аудитом и государственным финансовым контролем, между тем, доктринально данные понятия являются абсолютно различными. Как отмечает С.В. Степашин, «для российского менталитета понятие «контроль» является не только более привычным, чем относительно позднее заимствованный термин «аудит», но также эмоционально более жестким, действенным, директивным, обязательным» [Степашин С.В., 2006: 21].

Традиционный в доктрине финансового права подход к сущности финансового контроля основан на положениях Указа Президента России от 25.07.1996 №1095 (в ред. от 18.07.2001) «О мерах по обеспечению государственного финансового контроля в Российской Федерации»<sup>8</sup>. Согласно данному документу, государственный финансовый контроль включает в себя контроль за исполнением федерального бюджета и бюджетов федеральных внебюджетных фондов, организацией денежного обращения, использованием кредитных ресурсов, состоянием государственного внутреннего и внешнего долга, государственных резервов, предоставлением финансовых и налоговых льгот и преимуществ. Между тем, законодатель не воспринял данную концепцию и сузил публичный финансовый контроль до контроля в финансово-бюджетной сфере, что является совершенно верной позицией.

Мы убеждены, что классификация финансового контроля по сферам общественным отношений является ошибочной. Если предположить, что, к примеру, валютный контроль и налоговый контроль являются видами публичного финансового контроля, то из этого следует, что сущность валютного контроля и финансового контроля одна. Полагаем, что нет ничего общего между валютным и налоговым контролем как разновидностями государственного контроля, кроме того, что и тот и другой осуществляются по поводу денежных средств.

Попытку увязать контроль в сфере денежного обращения и финансовый контроль предприняла Н.А. Саттарова: «Безусловно, фондирование централизованных денежных средств, а также их распределение и использование

---

<sup>6</sup> Лимская декларация руководящих принципов контроля (принята в Лиме 26.10.1977 IX Конгрессом Международной организации высших органов финансового контроля) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>7</sup> Разграничение государственного аудита и финансового контроля, к сожалению, не так однозначно.

<sup>8</sup> СЗ РФ. 1996. № 31. Ст. 3696.

опосредованы денежным обращением, что обуславливает необходимость финансового контроля в сфере денежного обращения» [Саттарова Н.А., 2016: 27–29]. Очевидно, что публичный контроль в финансовой сфере неоднороден, между тем ученые пытаются сконструировать единую систему публичного финансового контроля, оправдывая существование такой системы единством цели. Зачастую такой целью выступает обеспечение правомерного и эффективного формирования и расходования фондов публично-правовых образований.

На сегодняшний день в законодательстве и подзаконных нормативных правовых актах применяются различные термины, по сути обозначающие одно и то же явление применительно к публичным или частным финансовым ресурсам — финансовый контроль<sup>9</sup>, контроль над финансово-хозяйственной деятельностью<sup>10</sup> или контроль финансово-хозяйственной деятельности, проверка финансово-хозяйственной деятельности<sup>11</sup>, контроль в финансово-бюджетной сфере<sup>12</sup>, контроль в сфере бюджетных отношений<sup>13</sup>.

Профессор А.А. Ялбулганов под финансовым контролем понимает «осуществляемую с использованием специфических организационных форм и методов деятельность государственных органов, а в ряде случаев и негосударственных органов, наделенных законом соответствующими полномочиями в целях установления законности и достоверности финансовых операций, объективной оценки экономической эффективности финансово-хозяйственной деятельности и выявления резервов ее повышения, увеличения доходных поступлений в бюджет и сохранности государственной собственности» [Ялбулганов А.А., 1999: 43–44]. Профессор Е.Ю. Грачева под контрольными правоотношениями понимает «правовую связь между контролирующим и подконтрольным субъектами в целях создания наиболее

<sup>9</sup> Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 N 145-ФЗ (в ред. от 03.08.2018, с изм. от 11.10.2018) // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

<sup>10</sup> Глава XII Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ (в ред. от 19.07.2018) «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1; ст. 15 Федерального закона от 19.07.1998 № 115-ФЗ (в ред. от 21.03.2002) «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)» // СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3611.

<sup>11</sup> Проверка финансово-хозяйственной деятельности — термин, как правило, применяемый в сфере регулирования внутреннего финансового контроля. Например, приказ Роспечати от 11.04.2014 № 84 «Об утверждении порядка проведения проверок финансово-хозяйственной деятельности организаций, подведомственных Федеральному агентству по печати и массовым коммуникациям». Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>12</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 28.11.2013 № 1092 «О порядке осуществления Федеральным казначейством полномочий по контролю в финансово-бюджетной сфере» // СЗ РФ. 2013. № 49 (часть VII). Ст. 6435.

<sup>13</sup> Статья 11 Федерального закона от 07.05.2013 № 77-ФЗ «О парламентском контроле» // СЗ РФ. 2013. № 19. Ст. 2304.

благоприятных условий для реализации нормативно-правовых предписаний в поведении, деятельности подконтрольных субъектов, обеспечении эффективности правового регулирования, восстановлении состояния законности и правопорядка в случае их нарушения» [Грачева Е.Ю., 2000: 135].

С учетом приведенных определений и в целях настоящего исследования определим, что финансовый контроль — контроль, предметом которого выступает соблюдение участниками финансовых отношений нормативных требований к проведению процедур аккумулирования, распределения и использования фондов денежных средств, управления имуществом и иными финансовыми ресурсами. Предметом публичного финансового контроля выступает не только эффективность и целевой характер использования публичных денежных средств, но и имущества и иных финансовых ресурсов. Это обусловлено тем, что грань между отношениями по управлению денежными средствами и управлению имуществом очень тонка и не всегда представляется целесообразным ее проводить. К примеру, управление средствами Фонда национального благосостояния как частью федерального бюджета предполагает их вложение как в иностранную валюту, так и в иные активы, имеющие денежную оценку, но не имеющие денежной формы.

Нормативные требования к финансовой деятельности могут устанавливаться различными документами, в том числе законодательными актами, подзаконными нормативными правовыми актами, локальными нормативными документами. Например, финансовая деятельность публично-правовых образований подлежит законодательной регламентации, в силу чего мы можем наблюдать законодательные положения, регулирующие функционирование бюджетов бюджетной системы, а также положения подзаконных нормативных правовых актов. Помимо этого, каждым главным администратором бюджетных средств формируются локальные нормативные документы (стандарты и процедуры), регламентирующие деятельность должностных лиц самого главного администратора бюджетных средств, а также должностных лиц подведомственных ему администраторов бюджетных средств.

Таким образом, финансовый контроль — это контроль над финансовой деятельностью объекта контроля, т.е. над финансово-хозяйственной деятельностью субъекта права. Финансовый контроль — универсальное явление, имеющее место как в публичной, так и частной сфере. Финансовую деятельность, т.е. формирование, распределение и использование фондов денежных средств, осуществляют как публичные, так и частные субъекты, при этом первые преследуют публичный интерес, вторые — частный. Регламентация финансового контроля над публичными фондами денежных средств (что означает финансовый контроль над публичными финансами) осуществляется нормами финансового права. К примеру, правоотношения, возникающие в связи с проведением Счетной палатой контрольного меро-

приятия в отношении НИУ-ВШЭ (федерального автономного учреждения), являются финансовыми правоотношениями, т.е. урегулированы нормами финансового права, тогда как правоотношения, возникающие по поводу финансового контроля лизингодателя финансового над деятельностью лизингополучателя, регулируются Федеральным законом от 29.10.1998 №164-ФЗ (в ред. от 16.10.2017) «О финансовой аренде (лизинге)»<sup>14</sup>, не являются предметом финансового права и, тем самым, не выступают финансовыми правоотношениями, которым присущ публичный характер.

Собственно термин «финансовый контроль»<sup>15</sup> применяется в сфере бюджетных отношений и закрепляется в БК РФ. Законодательно финансовый контроль означает буквально «контроль за формированием и расходованием бюджетных средств». Однако, исходя из сути финансового контроля, государство осуществляет его не только в финансово-бюджетной сфере. Это очевидно при ближайшем рассмотрении таких явлений, как «государственный финансовый контроль», реализуемый в соответствии с БК РФ, и «контроль банковской системы», реализуемый в соответствии с Федеральным законом от 05.04.2013 №41-ФЗ (ред. от 07.02.2017) «О Счетной палате Российской Федерации» (далее — Закон о Счетной палате)<sup>16</sup>.

Банк России в силу закона и в целях реализации публичных функций осуществляет финансовую деятельность, формируя публичные фонды денежных средств. Данные фонды не входят в бюджетную систему, но при этом их формирование основано на федеральной собственности и обусловлено публичным интересом. Финансовый контроль над соблюдением нормативных требований к финансовой деятельности Банка России как внешний, независимый субъект осуществляет Счетная палата. Данные правоотношения регламентированы положениями Закона о Счетной палате, а также внутренними стандартами Палаты. БК РФ не регламентирует данные отношения, так как фонды Банка России не входят в бюджетную систему и финансовая деятельность Банка независима от решений Правительства.

Законодатель, формулируя нормы ст. 23 Закона о Счетной палате<sup>17</sup>, избегает термина «финансовый контроль» в целях разграничения контроля в

<sup>14</sup> СЗ РФ. 1998. № 44. Ст. 5394.

<sup>15</sup> Термин «финансовый контроль» рассматривается исключительно в рамках финансовых правоотношений. Однако он может использоваться и в иных сферах, например, статья 38 Федерального закона от 29.10.1998 № 164-ФЗ (в ред. от 16.10.2017) «О финансовой аренде (лизинге)» закрепляет право лизингодателя на финансовый контроль.

<sup>16</sup> СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1649.

<sup>17</sup> В соответствии с п. 2 ст. 23 Закона о Счетной палате (в действующей редакции) Счетная палата осуществляет проверки финансово-хозяйственной деятельности Центрального банка, его структурных подразделений и учреждений. Указанные проверки осуществляются в соответствии с решениями Государственной Думы, принимаемыми на основании предложений Национального финансового совета.

бюджетной и банковской системах. Строго говоря, с позиции закона контроль банковской системы Счетной палаты не является государственным финансовым контролем. Однако это исключительно терминологическая особенность, не изменяющая его сути как финансового в силу того, что предметом данного контроля выступают именно финансово-хозяйственные операции Банка России, его структурных подразделений и учреждений.

## **2. Соотношение публичного финансового контроля с налоговым, валютным контролем и банковским надзором**

Предметом публичного финансового контроля является соблюдение нормативных требований финансово-хозяйственных операций субъектом финансового права. Как уже отмечалось, сутью финансового контроля является контроль финансово-хозяйственной деятельности, т.е. контроль над формированием, распределением и использованием фондов денежных средств. Правовую основу публичного финансового контроля формируют нормы бюджетного права — гл. 26 БК РФ закрепляет основные положения в области государственного и муниципального финансового контроля. Однако финансовый контроль не является единственным видом публичного контроля в финансовой системе — государство осуществляет налоговый контроль, валютный контроль, страховой надзор и прочие виды публичного контроля и надзора в финансовой сфере. Одной из задач настоящего исследования является разграничить финансовый контроль с иными видами контроля и надзора в финансовой сфере.

### **2.1. Финансовый и налоговый контроль**

Предметом налогового контроля являются полнота и своевременность уплаты налогов, сборов и обязательных страховых взносов. В целях проверки правильности исчисления и полноты уплаты налогового платежа налогоплательщиком налоговый орган изучает финансово-хозяйственные операции, совершенные налогоплательщиком (плательщиком сбора или обязательного страхового взноса). Ведь именно они порождают налоговую обязанность. При этом налоговый орган не изучает всю финансово-хозяйственную деятельность налогоплательщика, не исследует вопросы эффективного и целевого использования денежных средств, а находится строго в рамках предмета налоговой проверки. Финансовый результат (прибыль или убытки) налогоплательщика интересует налогового органа постольку, по-

сколькo это оказывает влияние на исчисление подоходных налогов. В случае с имущественным налогообложением учитывается только формальная составляющая правового режима имущества: имеет правовое значение только то, кто является собственником по государственному реестру недвижимости, или на балансе какой организации находится имущество, — финансово-хозяйственные операции с использованием имущества не имеют значения. Напротив, финансовый контроль направлен именно на финансово-хозяйственную деятельность — исследуются цели финансово-хозяйственных операций, их экономическая целесообразность и эффективность, вся деятельность либо отдельные аспекты финансовой деятельности, направленной на формирование, распределение и использование денежных средств.

Соотношение налогового и государственного финансового контроля легко изобразить схематично<sup>18</sup>. Контроль налогового органа в отношении налогоплательщика, предметом которого является полнота и своевременность уплаты им федеральных налогов и иных налоговых платежей, является налоговым контролем. Контроль Счетной палаты за налоговым органом, предметом которого является эффективность администрирования федеральных налогов и иных налоговых платежей, поступающих в федеральный бюджет, является финансовым контролем, в силу того, что он направлен на исследование и оценивание деятельности по формированию фонда денежных средств — федерального бюджета. Такая концепция и отражена в БК РФ: объектом финансового контроля контролирующего государственного органа выступает администратор доходов бюджета как участник бюджетного процесса, тогда как объектом налогового контроля со стороны контролирующего государственного органа выступает налогоплательщик, который не является участником бюджетного процесса. Ошибочно полагать, что налогоплательщик участвует в процессе формирования бюджета, этот процесс в целях разграничения понятий финансовый и налоговый контроль следует сузить до участников бюджетного процесса. Легко увидеть этот процесс схематично на историческом примере с откупной системой сбора налогов — формируют бюджет не налогоплательщики, а именно сборщики налогов.

Цель налогового и финансового контроля, по сути, одна — сформировать бюджеты бюджетной системы. Разница в предмете: поведение налогоплательщика, его действия или бездействие, которые входят в поле зрения налогового органа, направлены на формирование бюджетов бюджетной системы не непосредственно, а опосредованно, в действительности же его поведение

<sup>18</sup> Причина соотнесения налогового контроля именно с государственным финансовым контролем, а не публичным финансовым контролем в целом, включающим государственный и муниципальный финансовый контроль, проста: налоговый контроль в большинстве стран мира и, в том числе в России, является исключительным государственным полномочием и не относится к вопросам местного значения.

направлено на исполнение конституционной обязанности уплаты налогов и иных публичных обязательных платежей. Потому налогоплательщики и плательщики иных обязательных платежей не являются участниками бюджетного процесса, равно как и получатели субсидий, бюджетных инвестиций и бюджетных ассигнований в иных формах не являются участниками бюджетного процесса — они не исполняют бюджеты бюджетной системы (хотя за счет денежных средств физических и юридических лиц, выступающих плательщиками как обязательных публичных, так и частноправовых платежей, формируются бюджеты и в их же пользу денежные (бюджетные) средства распределяются в различных формах бюджетных ассигнований).

Налоговый контроль — точка соприкосновения двух подотраслей финансового права: бюджетного и налогового. Дело в том, что налоговый контроль является составляющей налогового администрирования, т.е. деятельности по администрированию налоговых платежей налоговыми органами<sup>19</sup>, которые выступают в бюджетном процессе администраторами доходов бюджетов. Основными бюджетными полномочиями администраторов доходов бюджетов являются учет, начисление платежа, *контроль* полноты и своевременности его уплаты, принудительное взимание платежа (взыскание), зачет и возврат излишне уплаченных и излишне взысканных платежей, начисление пени и привлечение к юридической ответственности (начисление штрафов). Непосредственное регулирование процедур налогового администрирования и контроля полноты и уплаты налоговых платежей, что и составляет содержание налогового контроля, осуществляется положениями Налогового кодекса<sup>20</sup>, а не БК РФ.

Контроль полноты уплаты публичных обязательных платежей осуществляют не только налоговые органы, но и многие иные органы, например, таможенные органы, которые администрируют таможенные платежи — таможенные пошлины и сборы, а также косвенные налоги (НДС и акцизы), взимаемые при перемещении товаров, работ и услуг через таможенную границу. Д.Л. Комягин справедливо отмечает, что «любой вид государственного контроля, мероприятия которого направлены на проверку правомерности мобилизации публичных доходов, имеет отношение к публичным финансам... существует значительное разнообразие иных видов публичных доходов, условно обобщенных понятием «неналоговые доходы»» [Комягин Д.Л., 2015: 16–17].

Таким образом, налоговый контроль является контролем со стороны налоговых органов полноты и своевременности уплаты налоговых платежей,

---

<sup>19</sup> Налоговые органы могут администрировать и неналоговые доходы, например, арендные платежи.

<sup>20</sup> Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 N 146-ФЗ (в ред. от 03.08.2018) // СЗ РФ. 1998.N 31. Ст. 3824.

тогда как контроль над уплатой публичных обязательных платежей, поступающих в бюджеты бюджетной системы (фискальных платежей), является полномочием любого администратора доходов бюджетов. Контроль в рамках администрирования публичных платежей вовсе не является финансовым контролем.

Эти рассуждения обусловлены применением сущностного подхода к изучаемым явлениям, тогда как традиционное в финансово-правовой доктрине отнесение налогового контроля к разновидностям государственного финансового контроля обусловлено применением отраслевого подхода, что верно подмечено Н.В. Васильевой [Васильева Н.В., 2017: 145]. Между тем намечающиеся тенденции правового регулирования неналоговых платежей свидетельствуют о намерении законодателя привести администрирование налоговых и неналоговых доходов бюджетов в части публичных обязательных платежей к единому началу, насколько это вообще возможно, что повлечет изменением архитектуры финансового права. Мы придерживаемся скептической точки зрения о целесообразности и реализме данных замыслов, однако в настоящее время в научных кругах уже ведутся дискуссии на этот счет [Селиванов А.С., Орлов М.Ю., Зарипов В.М. и др., 2018: 14–26].

## **2.2. Финансовый и валютный контроль**

Предметом валютного контроля является соблюдение участниками валютных отношений (валютных резидентом и нерезидентов) положений валютного законодательства и актов органов валютного регулирования при совершении ими валютных операций. Валютные операции различны, перечень их и правовой режим закреплены Федеральным законом «О валютном регулировании и валютном контроле»<sup>21</sup>, но, чаще всего, это расчеты в иностранной либо национальной валюте при совершении внешнеэкономических сделок между валютными резидентами и нерезидентами. Валютный контроль направлен не на изучение и оценивание финансово-хозяйственной деятельности субъекта финансового права, а лишь на соблюдение им законодательных требований при совершении определенного вида финансово-хозяйственных операций — валютных. Валютный контроль продиктовано не наполнением бюджетной системы как в случае с налоговым контролем или любым другим контролем над уплатой фискальных платежей, а исключительно необходимостью устойчивости национальной валюты. Все валютные операции оказывают влияние на национальную валюту, в связи с чем государство регулирует и контролирует обращение иностранной валюты.

<sup>21</sup> Федеральный закон от 10. 12. 2003 № 173-ФЗ (в ред. от 03.08.2018) «О валютном регулировании и валютном контроле» // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.

Если в рамках финансового контроля исследуются финансово-хозяйственные операции с иностранной валютой или внешними ценными бумагами, предметом финансового контроля не выступает соблюдение требований валютного законодательства; данные операции оцениваются с точки зрения их финансового результата и правомерности в соответствии с принципом целевого характера использования денежных средств (например, вправе ли было бюджетное учреждение приобрести иностранную валюту за счет средств, выделенных ему в целях выполнения государственного задания).

Между тем в доктрине есть противоположные мнения, относящие валютный контроль к разновидностям государственного финансового контроля. И.В. Хаменушко полагает, что валютный контроль следует понимать как минимум в трех аспектах, один из которых заключается в том, что валютный контроль выступает видом государственного финансового контроля, т.е. деятельностью государственных органов и уполномоченных организаций, проводимой с помощью специальных приемов и способов для обеспечения законности и правопорядка в сфере валютных отношений [Хаменушко И.В., 2013: 105]. Данный автор обосновывает включение института валютного регулирования в структуру финансового права тесной связью между бюджетной и валютной политикой (на наш взгляд, это очевидно, но нецелесообразно), что позволяет ему сделать вывод, что валютный контроль — разновидность финансового. Мы усматриваем в данной аргументации отраслевой подход, несостоятельность которого пытаемся доказать.

### **2.3. Финансовый контроль и банковский надзор**

По мнению исследователей, контроль и надзор обладают характерными чертами. Контроль обычно характеризуется: 1) осуществлением оценки деятельности контролируемого объекта, как с точки зрения законности, так и целесообразности и эффективности; 2) возможностью вмешательства контролирующего субъекта в деятельность контролируемого объекта; 3) нормативно закрепленной возможностью субъектов контроля непосредственно привлекать правонарушителей к ответственности [Яблонская А.Б., 2009: 15–20]. В действующем законодательстве выделяется финансовый контроль, налоговый контроль, валютный контроль и контроль в сфере закупок товаров, работ и услуг для публичных нужд.

Надзор характеризуется: 1) оценкой деятельности поднадзорного объекта исключительно с точки зрения законности; 2) невозможностью вмешательства в деятельность поднадзорного объекта, субъект надзора констатирует нарушение законности поднадзорным объектом; 3) реагированием в форме обращения к нарушителю с предупреждением, предписанием об устранении нарушений или в вышестоящий орган по отношению к нарушителю, в вы-

шестоящий надзорный орган либо в суд; 4) надзорная деятельность всегда осуществляется в отношении объектов, не находящихся в организационном подчинении надзорных органов [Яблонская А.Б., 2009: 15–20].

В финансовом праве выделяют банковский, страховой надзор и некоторые иные виды надзора, осуществляемого Банком России в финансовом секторе экономики. Как отметил А.А. Ситник, ««надзор» применяется лишь в отношении контрольной деятельности, осуществляемой Банком России на финансовом рынке и включающей в себя банковский надзор, страховой надзор, надзор на рынке ценных бумаг, надзор за микрофинансовыми организациями, надзор и наблюдение в национальной платежной системе и т.д.» [Ситник А.А., 2017: 6–7]

В практической деятельности контроль и надзор разграничить трудно. Между тем между ними есть существенное различие, как между аудитом и финансовым контролем: надзор, равно как и аудит, не включен в управленческий процесс, в то время как контроль является неперенным элементом управления. Вот почему Банк России не может осуществлять финансовый контроль над банками — он не управляет частными финансами. Он выступает регулятором и надзорным органом в отношении финансового рынка в целом, но не контролером, что будет раскрыто ниже.

Между тем законодательство фактически отождествляет указанные понятия. К примеру, Указ Президента России от 09.03.2004 № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» функции по контролю и надзору не разграничиваются. Вывод об их идентичности можно сделать из названия Федерального закона от 26.12.2008 №294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»<sup>22</sup>, а также из содержащегося в нем определения<sup>23</sup>. О смешении понятий контроля и надзора пишет и Л.Л. Арзуманова: «С позиций науки административного права наблюдается четкое разграничение понятий «контроль» и «надзор», в то время как анализ законодательных актов в финансовой деятельности государства, а также доктрины финансового права позволяет говорить о синонимичности этих категорий» [Арзуманова Л.Л., 2017: 7–12].

Банковская система государства функционирует независимо от правительства и бюджетной системы. Регулируется банковская система законодательством и нормативными актами Банка России. За функционированием

<sup>22</sup> СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249.

<sup>23</sup> В соответствии с указанным Законом под государственным контролем (надзором) понимается проведение проверки выполнения юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем при осуществлении их деятельности обязательных требований к товарам (работам, услугам), установленных действующим законодательством.

банковской системы надзирает Банк России, предметом которого выступает соблюдение банками и иными участниками банковских отношений требований банковского законодательства и актов Банка России как регулятора банковской системы. Целью банковского надзора является обеспечение устойчивого функционирования банковской системы, а также соблюдения законных интересов юридических и физических лиц. В соответствии с финансовым законодательством публичный финансовый контроль осуществляется в сфере публичных финансов и его предметом является соблюдение финансово-правовых предписаний о формировании, распределении и использовании публичных фондов денежных средств. Банковский надзор осуществляется в банковской системе и его предметом выступает соблюдение правовых предписаний о формировании, распределении и использовании частных фондов денежных средств, ведь банковская или небанковская кредитная организация, как правило, учреждается частным субъектом, преследующим частный интерес.

Однако это не исключает финансового контроля в банковской системе, но не со стороны государства. Для соотнесения финансового контроля и банковского надзора необходимо поместить оба этих вида контрольной деятельности в одну плоскость — банковскую систему — и рассмотреть их характеристики. При банковском надзоре анализу подлежат не финансово-хозяйственные операции, как при финансовом контроле, а показатели финансовой деятельности, характеризующие способность организации исполнять финансовые обязательства перед юридическими и физическими лицами, тем самым обеспечивая устойчивость банковской системы. Банковский надзор, равно как и финансовый контроль, направлен на формирование, распределение и использование денежных фондов, однако финансовый контроль и банковский надзор при схожести целей — обеспечение устойчивого формирования, распределения и использования денежных фондов кредитных организаций — имеют различные предметы и иницируются различными субъектами.

Финансовый контроль в сфере частных финансов вправе осуществлять частный субъект<sup>24</sup>, в случае с кредитной организацией — это участник кредитной организации (к примеру, акционер) или сама кредитная организация (в данном случае осуществляется внутренний финансовый контроль), а надзор над финансовой деятельностью кредитной организации осуществляет Российская Федерация, уполномочивающая Банк России на осуществление данной деятельности. Последствием финансового контроля может быть управленческое решение об изменении курса финансовой деятельности, тогда как при осуществлении банковского надзора государство не вмешивается.

---

<sup>24</sup> Однако это может быть и субъект публичного права, если акционером выступает Банк России или публично-правовое образование.

вается в финансово-хозяйственную деятельность кредитной организации, постоянно отслеживая соответствие финансовых показателей, кредитных организаций, нормативам, установленных банковским законодательством, а также нормативными актами Банка России. Вмешательство в финансово-хозяйственную деятельность кредитной организации возможно только при угрозе стабильности банковской системы государства.

## **Заключение**

Финансовый контроль является универсальной категорией, регулируемой как публичным, так и частным правом, что подтверждается действующим правовым регулированием. Сущностью финансового контроля является контроль над финансово-хозяйственной деятельности объекта контроля, аккумулирующего и расходующего денежные средства в публичных целях либо использующего публичное имущество или иные финансовые ресурсы. Финансовый контроль прежде всего осуществляется в интересах собственника. Помимо этого финансовый контроль может осуществляться собственником не в целях реализации его частного интереса, а в публичных целях, защищая интересы слабой стороны — потребителей услуг (работ) экономических агентов<sup>25</sup>.

Публичный финансовый контроль осуществляется в отношении денежных средств, имущества, объектов интеллектуальной собственности и иных ресурсов, формируемых и используемых (расходуемых) в публичных целях, т.е. в рамках реализации публичного интереса. При этом он осуществляется как органами государственной власти (государственными органами), органами местного самоуправления, так и юридическими лицами публичного права при их наделении законом контрольными полномочиями. Финансовый контроль преследует либо частный, либо общественный, либо публичный интерес, прежде всего в зависимости от того, с какой целью образуется и расходует фонд денежных средств, используется имущество и иные финансовые ресурсы. Публичный финансовый контроль реализуется в публичных интересах, т.е. государственном либо муниципальном интересе, обусловленного функциями и задачами соответствующих публично-правовых образований.

---

<sup>25</sup> Речь идет о ситуации, к примеру, с обязательным аудитом. Собственник, обязанный законом, инициирует аудиторскую проверку не в собственных целях, а в публичных. Тем самым государство защищает прав контрагентов объекта контроля. В данном случае речь идет именно о финансовом контроле со стороны собственника, инициирующего аудиторскую проверку, а не о самом аудите. Предложенное нами решение вопроса о субъекте финансового контроля в случае обязательного аудита не лишено недостатков. Собственник в данном случае не является заинтересованным лицом, поэтому отнесение его к категории субъекта финансового контроля весьма условно.

Государственный финансовый контроль следует отличать от налогового, валютного контроля и надзора, осуществляемого Банком России над финансовыми организациями (институтами). Все эти виды государственного контроля объединяет то, что они реализуются государственными органами либо юридическими лицами публичного права, в том числе Банком России, в публичных интересах, при этом каждый рассматриваемый вид контроля (надзора) решает свою задачу. Налоговый контроль отличается от финансового контроля его специфический предмет; валютный контроль отличается от финансового контроля его предмет и цель. Ближе всего к финансовому контролю надзор, осуществляемый Банком России на финансовом рынке: у них совпадает предмет — финансово-хозяйственная деятельность, выраженная в специфических показателях. Однако Банк не действует от имени собственника, надзор осуществляется не в отношении публичных финансов, а в отношении частных финансов. К тому же надзор Банка не встроен в управление финансовыми ресурсами объектов надзора, в отличие от финансового контроля.

Публичный финансовый контроль является самостоятельным видом публичного контроля в финансовой сфере, наравне с налоговым контролем и иными видами контроля над уплатой публичных платежей, валютным контролем, а при объединении контроля и надзора в одну контрольно-надзорную функцию государства, то и наравне с надзором Банка России на финансовом рынке. Использование термина «финансовый контроль» в целях обозначения контрольной деятельности государства и местного самоуправления в финансовой сфере необоснованно. Изучение научных позиций по данному вопросу не обнаружило удовлетворительных аргументов в оправдание применения отраслевого подхода к понятию финансового контроля. Приводимые в литературе классификации финансового контроля не позволяют раскрыть сущность финансового контроля и также основаны на отраслевом подходе.



### **Библиография**

Андреева Е.М. Недостатки правового регулирования финансового контроля (на примере межбюджетных трансфертов) // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 3. С. 40–48.

Арзуманова Л.Л. Контрольно-надзорные полномочия органов государственной власти Российской Федерации в сфере денежного обращения // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 7. С. 7–12.

Болтинова О.В. (ред.). Бюджетный контроль. М.: Норма, 2018. 160 с.

Васильева Н.В. Публичные доходы в Российской Федерации: финансово-правовой аспект. М.: Норма, 2017. 304 с.

Вершило Т.А. К вопросу об осуществлении парламентского бюджетного контроля // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 6. С. 18–22.

Грачева Е.Ю. (отв. ред.) Правовое регулирование финансового контроля в Российской Федерации: проблемы и перспективы. М.: Норма, 2013. 384 с.

Грачева Ю.А. Проблемы правового регулирования государственного финансового контроля. М.: Юриспруденция, 2000. 192 с.

Козырин А.Н. Правовые основы государственного и муниципального финансового контроля в Российской Федерации // Реформы и право. 2014. № 1. С. 66–76.

Комягин Д.Л. Бюджетное право. М.: Издательский дом НИУ ВШЭ, 2017. 590 с.

Комягин Д.Л. Контроль за публичными ресурсами и его последствия // Финансовый вестник. 2015. № 12. С. 10–19.

Комягин Д.Л. Политическая ответственность и стратегический контроль в сфере публичного хозяйства // Реформы и право. 2015. № 4. С. 16–23.

Кучеров И.И., Поветкина Н.А. (отв. ред.) Контроль в финансово-бюджетной сфере. М.: Контракт, 2016. 320 с.

Лагутин И.Б. (отв. ред.). Региональное финансовое право. М.: Юстицинформ, 2017. 316 с.

Лагутин И.Б. Бюджетный контроль и бюджетный аудит в Российской Федерации: проблемы системности и особенности правового регулирования. М.: Юрлитинформ, 2015. 368 с.

Омелехина Н.В. Финансовые риски в бюджетной сфере: доктринальное понимание сущности и видового разнообразия // Журнал российского права. 2018. N 8. С. 77–88.

Саттарова Н.А. Отдельные финансово-правовые средства обеспечения финансовой дисциплины в сфере денежного обращения // Финансовое право. 2016. N 4. С. 27–29.

Селиванов А.С., Орлов М.Ю. и др. Неналоговые платежи в российском законодательстве: грядет систематизация? // Закон. 2018. N 3. С. 14–26.

Ситник А.А. Государственный финансовый контроль и надзор: разграничение понятий // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. N 7. С. 3–7.

Степашин С.В. Конституционный аудит. М.: Наука, 2006. 816 с.

Хаменушко И.В. Валютное регулирование в Российской Федерации: правила, контроль, ответственность. М.: Норма, 2013. 352 с.

Химичева Н.И. (отв. ред.). Финансовое право. М.: Норма, 2012. 752 с.

Яблонская А.Б. Контрольно-надзорная функция государственной власти в Российской Федерации: теоретико-правовое исследование: дис... к.ю.н. М., 2009. 175 с.

Ялбулганов А.А. Финансовый контроль как институт финансового права // Юрист. 1999. N 4. С. 43–50.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 2**

### **Public Financial Control: Searching of Nature**



**Elena V. Ryabova**

Associate Professor, Public Law Department, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: [evryabova@hse.ru](mailto:evryabova@hse.ru)

## Abstract

Financial control is understood as a term that covers different control activities of the national and local governments in the public finance sector by Russian scholars. Such understanding demonstrates the use of the “sectoral approach” to interpret financial control, while scholars put forward various positions explaining the inclusion of tax control, currency control and control (supervision) by the Bank of Russia, including control over monetary circulation, in public financial control sphere. In past and nowadays, scholars in public finance law put forward the idea of integrating all types of public control under a single law on national and local financial control. Meanwhile, this paper substantiates the failure of the use of the sectoral approach to understand of financial control and justifies the use of the substantive approach to development of a doctrinal concept of financial control. The closest examination of financial control and its correlation with currency, tax control and banking supervision on subjects and objectives demonstrates their essential differences. Public financial control does not combine various types of control over public finance, but it is an independent type of control on a par with tax and currency control. The paper also differentiates between control and supervision, primarily depending on the inclusion in the financial resources management. It substantiates failure of the proposition that an audit is a type of financial control. The study of the legal framework of financial control suggests financial control is not only a public law category, but also private law category. It is carried out by the owner of financial resources as an interested person. The author criticizes the idea that the term “budgetary control” should be established by the Budgetary Code of Russia, because this change will only be editorial in nature and will not allow building a “single system” of public control in the public finance sector under a single law.

## Keywords

financial control; budgetary control; tax control; currency control; supervision; public audit; public financial control.

**Acknowledgments:** The information support of the work is by SPS ConsultantPlus”.

**For citation:** Ryabova E.V. (2019) Public Financial Control: Searching of Nature. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 103–123 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.103.123

## References

- Andreeva E. M. (2018) Disadvantages of Legal Framework for Financial Control: a Study of Intergovernmental Transfers. *Aktual'nye problemy rossiiskogo prava*, no 3, pp. 40–48 (in Russian)
- Artemov N.M., Bogdanova A.V., Vasil'eva N.V. et al (2017) *Regional Public Finance Law*. Moscow: Justitsinform, 316 p. (in Russian)
- Arzumanova L.L., Boltinova O.V., Bubnova O.J. et al (2013) *Legal Framework for Financial Control in the Russian Federation*. Moscow: Norma, 284 p. (in Russian)
- Arzumanova L.L. (2017) Control and Supervisory Powers of the Russian Federation's Government Bodies in the Sphere of Money Circulation. *Zakony Rossii*, no 7, pp. 7–12 (in Russian)
- Gracheva Yu. A. (2000) *The Legal Framework for National Financial Control*. Moscow: Jurisprudencia, 376 p. (in Russian)

- Komyagin D.L. (2015) Control for Public Resources and its Consequences. *Finansovyi vestnik*, no 12, pp. 10–19 (in Russian)
- Komyagin D. L. (2015) Political Responsibility and Strategic Control in the Public Sector. *Reformy i pravo*, no 4, pp. 16–23 (in Russian)
- Lagutin I.B. (2015) *Budgetary Control and Audit in Russia*. Moscow: Justitsinform, 368 p. (in Russian)
- Kozyrin A.N. (2014) The Legal Framework for National and Local Financial Control in Russia. *Reformy i pravo*, no 1, pp. 66–76 (in Russian)
- Omelekhina N.V. (2018) Financial Risks in the Public Sector: a Doctrinal Understanding. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 77–88 (in Russian)
- Sattarova N.A. (2016) The Financial and Legal Means of Ensuring the Financial Discipline in the Sphere of Money Circulation. *Finansovoe pravo*, no 4, pp. 27–29 (in Russian)
- Selivanov A.S., Orlov M.Y. et al. (2018) Non-tax Payments in the Russian Legislation: Systematization is Coming? *Zakon*, no 3, pp. 14–26 (in Russian)
- Sitnik A.A. (2017) National Financial Control and Supervision: the Distinction between Terms. *Zakony Rossii*, no 7, pp. 3–7 (in Russian)
- Stepashin S.V. (2006) *Constitutional Audit*. Moscow: Nauka, 816 p. (in Russian)
- Vasil'eva N.V. (2017) *The Public Revenues in Russia*. Moscow: Norma, 304 p. (in Russian)
- Vershilo T.A. (2017) Conduct of the Parliamentary Budgetary Control. *Zakony Rossii*, no 6, pp. 18–22 (in Russian)
- Yalbulganov A.A. (1999) Financial Control as a Legal Institution of Public Finance Law. *Jurist*, no 4, pp. 43–50 (in Russian)

# Финансовая безопасность в иерархии целей стратегического планирования в Российской Федерации

---



**Е.В. Кудряшова**

старший научный сотрудник отдела финансового, бюджетного и налогового законодательства Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 117 218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: ev\_kudryashova@inbox.ru

---



## **Аннотация**

В отличие от национальной безопасности, понятие «финансовая безопасность» недавно попало в поле зрения правовой науки и сегодня идет дискуссия о его месте в правовом регулировании. К настоящему моменту уже есть ряд достижений экономической науки, которые должны быть переведены в правовую плоскость. Социальная наука установила тесную взаимосвязь и иерархию — «национальная безопасность» — «экономическая безопасность» — «финансовая безопасность», которые означают, в том числе, что повышение уровня финансовой безопасности, которое не повышает уровня экономической безопасности, не имеет смысла. Финансовая безопасность в отрыве от этой иерархии не может быть предметом правового регулирования. В статье с использованием формально-логического, системно-структурного, формально-юридического и сравнительно-правового методов проанализированы документы стратегического планирования России. В этих документах есть понятие «экономическая безопасность», но в то же время решаются вопросы финансовой безопасности (но это понятие не упоминается). Обеспечение финансовой безопасности фактически существует в рамках целей экономической и национальной безопасности. Обеспечение финансовой безопасности обладает всеми качествами стратегической цели: приоритетностью и траекторностью. Понимание финансовой безопасности как стратегической цели отражает идеи доверия и сотрудничества, лежащие в основе современной модели безопасности. Положение вещей остается отразить в документах стратегического планирования. Внесение финансовой безопасности в данные документы в качестве цели является одним из вариантов правового оформления финансовой безопасности России. Федеральный закон «О стратегическом планировании в Российской Федерации» создает все возможности для реализации задач правового регулирования финансовой безопасности в стратегических документах. Оснований для принятия специального закона о финансовой безопасности нет. К тому же такой закон нарушит вышеназванную иерархическую взаимосвязь и будет выпадать из общей системы правового регулирования.

---



## Ключевые слова

финансовое право, финансы, стратегическое планирование, стратегическое управление, финансовая безопасность, экономическая безопасность.

---

**Для цитирования:** Кудряшова Е.В. Финансовая безопасность в иерархии целей стратегического планирования в Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 124–138.

УДК: 342

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.124.138

## Введение

Если национальная безопасность давно является популярным предметом исследования, то финансовая безопасность сравнительно недавно стала рассматриваться как правовое явление и попала в поле зрения правовой науки. Обращаясь к этой проблеме, автор ставит целью найти место финансовой безопасности в современном правовом поле и указать на те элементы финансовой безопасности, которым необходимо придать правовую форму в первую очередь.

В последнее время издан ряд публикаций о финансовой безопасности и рассмотрены многие ее аспекты. Однако финансовая безопасность не рассматривалась в рамках стратегического планирования, как одна из целей в иерархии стратегических целей. Именно такой подход автор считает оптимальным и предложит его обоснование, опираясь на диалектические научные методы.

## 1. Современная модель безопасности на основе доверия и сотрудничества

Безопасность сегодня признана основным условием осуществления гражданских, политических, социальных и экономических прав и свобод. В исследованиях международных организаций установлена тесная взаимосвязь безопасности и государственного развития [Harborne B., Dorotinsky W., Bisca P., 2017: 3]. Взаимосвязь развития и безопасности не сводится к простой зависимости — чем выше уровень безопасности, тем быстрее темпы развития. Развитие предполагает, что значение безопасности не следует как недооценивать, так и преувеличивать. Безопасность — феномен не только многоаспектный, но и парадоксальный: «Выше безопасность — ниже темпы роста. Возможность такой постановки вопроса объясняется тем, что уровень опас-

ности положительно влияет на темпы экономического роста. Самая большая опасность — уклоняться от опасности. Парадокс — экономики, подверженные кризисам, по темпам развития опережают стабильные экономики в среднем на 2 процента в год. Это вывод из анализа статистики по 52 странам» [Фокин Н.И., 2016: 19]. Кажется закономерным, что в результате применения системы жестких экономических критериев может оказаться, что в мире нет ни одной экономически безопасной страны, и все страны по тем или иным показателям находятся за критической чертой [Цейковец Н.В., 2016: 432–542]. Так вполне естественно реализуется на практике многоаспектность и противоречивость экономической безопасности.

В Хартии европейской безопасности и в итоговых документах Саммита тысячелетия обозначены составляющие безопасности. Мир и безопасность предлагается поддержать с помощью двух составляющих: доверия внутри государства и сотрудничества государств<sup>1</sup>.

В России идеи доверия и сотрудничества в условиях угрозы безопасности государства уже давно были выдвинуты в академической среде [Rakitskaya I.A., Shashkova A.V., Pavlov E.Ya., 2017: 1333–1344]. В начале XX века было написано, что сотрудничество в широком значении этого понятия должно получить значительную роль в теории публичного права. Организация власти исторически уступает свое место техническим организациям общественных служб и, соответственно, должны открываться просторы для сотрудничества гражданина с властью. Идея сотрудничества проясняет юридический смысл и значение вновь образующихся форм, в которых совершается организация общественных сил. Идея сотрудничества укрепляет связь должностного лица и гражданина. Опыт показывает, что публичные службы в состоянии выполнять свое назначение не иначе, как при деятельном сотрудничестве граждан. Должно вырабатываться сознание, что сотрудник-гражданин — это неизбежно одновременно должностное лицо [Елистратов А., 1916: 83]. В контексте современности мысль Елистратова звучит актуально. Мы можем увидеть много общего в современных и исторических подходах к вопросам безопасности и взаимодействия в обществе в кризисных ситуациях. Внешние угрозы как раньше, так и теперь заставляют задуматься о доверии и сотрудничестве в обществе.

Новая модель безопасности на основе доверия и сотрудничества отражает ряд современных тенденций в сфере финансовой безопасности. Доверие и сотрудничество требуют согласования интересов и действий в сфере частных и публичных финансов. Например, уровень финансовой безопасности государства тесно связан с показателями внешних долгов значимых частных компаний [Shashkova A.V., 2018: 432–458].

---

<sup>1</sup> Стамбульский документ ОБСЕ 1999. Available at: URL: <http://www.osce.org/ru/mc/39573?download=true> (дата обращения: 1.05.2019)

## **2. Взаимосвязь экономической и финансовой безопасности**

В литературе предпринято несколько попыток определить финансовую безопасность. Автору кажется довольно удачным определять финансовую безопасность как обеспеченное посредством проведения специальных мероприятий уполномоченными органами государства состояние защищенности элементов финансовой системы, предполагающее ее устойчивость. Состояние защищенности финансовой системы позволяет осуществлять непрерывное и достаточное финансирование публичных расходов даже в условиях внутренних и внешних финансово-экономических угроз на основе использования денежных средств бюджетов, иных публичных фондов, включая золотовалютные резервы [Кучеров И.И., Поветкина Н.А., 2017: 64].

Правоведы давно добиваются, чтобы в российском правовом пространстве финансовая безопасность нашла достойное место на основе комплексного межотраслевого подхода к нормативно-правовому регулированию общественных отношений, обеспечивающих финансовую безопасность. Современное состояние правового регулирования обеспечения финансовой безопасности характеризуется отсутствием базовых элементов, таких, как гарантии защиты основополагающих конституционных прав граждан и организаций. Практика показывает, что деятельность государства по обеспечению финансовой безопасности может войти в конфликт с обеспечением конституционных прав граждан и организаций, а также финансовых организаций, опосредующих финансовые правоотношения.

Своевременный и необходимый шаг в правовых исследованиях — выявление первоочередных задач, которые следует решить в законодательстве применительно к финансовой безопасности, формирование очертаний правового регулирования [Поветкина Н.А., Леднева Ю.В., 2018: 46–67]. Мы добавим, что ввиду сложности предмета регулирования законодателя необходимо снабдить альтернативами и вариантами правового регулирования.

Для финансово-правовой науки важно своевременно перевести в правовую плоскость уже разработанные в экономике и финансах решения. Вопросы финансовой безопасности — предмет изучения сразу нескольких социальных наук. В частности, экономическая наука имеет ряд достижений, которые должны быть обобщены и использованы для формирования эффективного правового регулирования. Экономическая наука и управление к настоящему времени предложили качественные и количественные критерии оценки уровня финансовой безопасности. Установлена тесная связь финансовой и экономической безопасности, которая означает, что соответствие критериям финансовой безопасности или даже повышение ее уровня,

не связанное с повышением уровня экономической безопасности, не имеет смысла и значения для общества и государства.

В экономической науке проделана большая работа по разработке инструментов количественной оценки уровня национальной экономической безопасности. Ведущими экономистами и экономическими институтами разрабатываются системы из разного количества индикаторов (от 20 до 300), которые должны отражать состояние безопасности экономической системы. Приводится подробная ретроспектива движения научной мысли в направлении совершенствования системы индикаторов экономической безопасности с 1990-х годов. Системы индикаторов безопасности традиционно опираются на принцип предельно-критических показателей. Еще в 1996 г. по поручению секретаря Совета Безопасности Российской Федерации была разработана и утверждена система показателей экономической безопасности, которая состояла из 22 индикаторов (ее основным автором был С.Ю. Глазьев). В строгом смысле это была первая индикативная система, специально разработанная для оценки экономической безопасности страны [Цейковец Н.В., 2016: 432–542].

Экономическая наука продвинулась вперед в создании систем оценки экономической безопасности; уже предложено несколько систем критериев не только для оценки экономической безопасности, но и для оценки финансовой безопасности. Основным критерием финансовой безопасности выступает способность сохранять или быстро обновлять критический уровень общественного воспроизводства в условиях прекращения внешних инвестиций или заимствований либо кризисных ситуаций внутреннего характера. Показатели финансовой безопасности влияют на динамику экономического развития в целом. В то же время важно комплексно оценивать финансовую безопасность. Отрицательные изменения того или иного показателя сами по себе не свидетельствуют об угрозе финансовой безопасности. Только мониторинг, комплексное рассмотрение системы показателей, углубленный анализ отдельных экономических объектов и процессов при отклонении динамики критериев от нормальной траектории должны быть объектом постоянного контроля компетентных органов государственной и местной власти. Инструменты количественной оценки уровня финансовой безопасности могут быть воплощены в правовом регулировании через нормы об эффективности, экономичности и незлоупотреблении в сфере государственных заимствований [Каюров Е.А., 2013: 48–62].

В исследованиях подчеркивается, что практическое использование индикаторов финансовой безопасности возможно при наличии системы мониторинга. Существует потребность в постоянном мониторинге с тем, чтобы государство смогло найти действенные меры защиты своих интересов в финансовой

и денежной сферах, т.е. постоянное отслеживание изменения характера действия факторов, которые могут вызвать угрозы финансовой безопасности страны. Поиск мер защиты национальных интересов требует количественной оценки финансовой ситуации с позиции финансовой безопасности.

Создание правовой основы мониторинга финансовой безопасности является одним из первых шагов, которые необходимо предпринять в процессе правотворчества. Научные исследования указывают на необходимость последовательного непрерывного и гарантированного мониторинга финансовой безопасности России, поскольку отсутствие данных всегда влияет на качество анализа.

Финансовая безопасность должна оцениваться в зависимости от ее влияния на экономическую безопасность. Даже повышение уровня показателей финансовой безопасности (пополнение резервных фондов, высокий уровень золотовалютных резервов, снижение дефицита бюджета и т.д.) не свидетельствует о повышении уровня экономической безопасности, в особенности этого нельзя сказать о реальном секторе экономики [Сенчагов В.К., 2011: 14–19]. В конечном счете одно лишь улучшение показателей финансовой безопасности, если это не ведет к повышению уровня экономической и национальной безопасности, не может оцениваться положительно. Тесную связь финансовой, экономической и национальной безопасности показывают системные кризисы, аналогичные кризису 2008 года, когда можно было осознать эффективность или неэффективность конкретных мер. Антикризисное регулирование должно направляться на экономику в целом, а не только на ее отдельные сферы, соответствующие отраслям законодательства [Talapina E., 2007: 107–124]. Тесная взаимосвязь финансовой и экономической безопасности стала очевидной в ходе бюджетной реформы, которая показала неэффективность изменения исключительно финансовых показателей [Поветкина Н.А., 2018: 240–245].

Финансовую безопасность следует рассматривать как часть экономической безопасности и в конечном итоге как составляющую национальной безопасности, причем одну из ключевых составляющих, ведь понижение уровня финансовой безопасности может довести до утраты государством финансовой устойчивости и платежеспособности, следствием чего является неспособность финансирования жизненно необходимых расходов, обеспечивающих функционирование государственных институтов и развитие общества [Хабриева Т.Я., 2016: 49]. Нет ни одного аспекта национальной безопасности страны, который бы непосредственно не зависел бы от уровня финансовой безопасности. Однако и уровень самой финансовой безопасности в значительной мере зависит от уровня других аспектов национальной безопасности [Елизарова В.В., 2015: 45–48]. Мы особо подчеркнем здесь об-

ратную связь в иерархии: понижение общего уровня национальной безопасности влияет на уровень финансовой безопасности.

Финансовая безопасность в современных исследованиях помещается в контекст национальной и экономической безопасности; также финансовая безопасность должна обладать собственным содержанием, отличающим ее проблематику от других проблем общеэкономического порядка [Елизарова В.В., 2015: 45–48]. Финансовая безопасность связывается с планированием публичных финансов [Леднева Ю.В., 2018: 7–11], но кажется, что финансовая безопасность связана со стратегическим планированием, причем с обеспечением всех целей России.

С принятием Федерального закона № 172-ФЗ от 28.06.2014 «О стратегическом планировании в Российской Федерации»<sup>2</sup> (далее — Закон о стратегическом планировании) Россия перешла к формированию последовательной системы стратегического планирования, что находится в рамках общемировой тенденции перехода к управлению на основе стратегического планирования. Иерархическая взаимосвязь финансовой безопасности с экономической и с национальной безопасностью может быть установлена внутри правового механизма стратегического планирования, а именно через правовое регулирование целеполагания.

### **3. Финансовая безопасность в иерархии целей стратегического планирования**

В статье 3 Закона стратегическое планирование определяется как деятельность его участников по целеполаганию, прогнозированию, планированию и программированию социально-экономического развития России, ее субъектов и муниципальных образований, отраслей экономики и сфер государственного и муниципального управления, обеспечения национальной безопасности, направленная на решение задач устойчивого социально-экономического развития России, ее субъектов и муниципальных образований и обеспечение национальной безопасности. Таким образом, Закон ставит на вершину иерархии целей в системе стратегического планирования две цели: обеспечение устойчивого социально-экономического развития и национальной безопасности.

Статья 1 Федерального закона от 28.12.2010 «О безопасности в Российской Федерации» № 390-ФЗ<sup>3</sup> гласит, что он определяет основные принципы и содержание деятельности по обеспечению безопасности государства, общественной безопасности, экологической безопасности, безопасности личности,

---

<sup>2</sup> Российская газета. 03.07.2014.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 2.

иных видов безопасности, предусмотренных законодательством (безопасность, национальная безопасность), полномочия и функции федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов федерации, органов местного самоуправления в области безопасности, а также статус Совета Безопасности. Положения Закона допускают разнообразие видов безопасности, как равнозначных, так и взаимоподчиненных.

Непосредственно в законодательстве нет понятий «финансовая безопасность» и «экономическая безопасность». Однако выражение «экономическая безопасность» содержится в документах стратегического планирования, и в них же решается ряд вопросов, которые относятся к финансовой безопасности.

В начале 2000-х годов Указом Президента Российской Федерации от 10.01.2000 №24<sup>4</sup>, была утверждена Концепция национальной безопасности России. Анализируя текст Концепции, мы сталкиваемся с целым рядом финансовых вопросов, которые рассматриваются в рамках национальной безопасности. Среди угроз национальной безопасности называют ослабление единого экономического пространства сепаратистскими устремлениями ряда субъектов федерации. В числе важнейших составляющих экономического пространства названы финансово-банковская, кредитная и налоговая системы. В рамках обеспечения национальной безопасности значительное место отводится сбалансированной кредитно-финансовой политике, нацеленной на поэтапное сокращение зависимости России от внешних кредитных заимствований и укрепление ее позиций в международных финансово-экономических организациях. Речь идет также о необходимости увеличить роль государства в регулировании деятельности иностранных банковских, страховых и инвестиционных компаний, о принятии эффективных мер в сфере валютного регулирования и контроля для создания условий прекращения расчетов в иностранной валюте и бесконтрольного вывоза капитала. Отметим также, что одним из основных направлений обеспечения национальной безопасности во внутриэкономической деятельности является преодоление последствий экономического кризиса (в данном случае, очевидно, речь идет о кризисе 1998 года).

На смену Концепции национальной безопасности РФ 2000 года пришла Стратегия национальной безопасности РФ до 2020 года, утвержденная Указом Президента от 12.05.2009 № 537<sup>5</sup> (далее — Стратегия национальной безопасности-2020, Стратегия). Исследователи политических аспектов стратегического планирования в России придают Стратегии национальной безопасности-2020 особое значение и связывают с этим документом оформ-

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2000. № 2. Ст. 170.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2009. № 20. Ст. 2444.

ление двух равнозначных целей стратегического планирования: социально-экономического развития и безопасности. Однако потребовалось еще пять лет, чтобы достичь согласованной позиции и оформить ее в виде нормы закона в 2014 году. Связь между Стратегией национальной безопасности-2020 и Законом о стратегическом планировании позволяет предполагать, что иерархия целей в Стратегии остается актуальной в документах стратегического планирования, принятых на основе закона.

В Стратегии национальной безопасности-2020 уже упоминается понятие экономической безопасности и отводится гораздо больше места финансовым вопросам. В Стратегии признано, что последствия мировых финансово-экономических кризисов могут стать сопоставимыми по совокупному ущербу с «масштабным применением военной силы». Кризисы мировой и региональных финансово-банковских систем рассматриваются как угрозы национальной безопасности. Снижение доходных статей бюджета может привести к замедлению перехода к инновационному развитию. К числу угроз относится также низкая устойчивость и защищенность национальной финансовой системы.

В Стратегии-2020 предложены основные характеристики состояния национальной безопасности (раздел VI), причем указано на необходимость уточнить перечень основных характеристик национальной безопасности по результатам ее мониторинга. Установлено семь характеристик, из них пять относятся к экономическим показателям, из которых как минимум два – показатели из сферы финансов. Понятие финансовой безопасности так и не появилось в Стратегии, но по содержанию эти два показателя однозначно относятся к показателям состояния финансовой безопасности (п.112): уровень государственного внешнего и внутреннего долга в процентном отношении от валового внутреннего продукта; уровень обеспеченности ресурсами здравоохранения, культуры, образования и науки в процентах валового внутреннего продукта.

В контексте стратегических рисков и угроз в Стратегии национальной безопасности-2020 в отличие от стратегии-2000, уже нет речи о зависимости России от внешних заимствований, однако отмечается потенциальная зависимость экономики от внешнеэкономической конъюнктуры при сохранении экспортно-сырьевой модели экономики. Такой подход обусловлен тем, что глобальные кризисы приобрели характеристики не только финансовых, но и системных экономических катаклизмов. Содержание Стратегии-2020 указывает на осознание связи национальной безопасности, экономической безопасности и финансовых факторов; признано влияние внешнеэкономической конъюнктуры на внутриэкономическую и, наконец, на финансовую систему России.

В Стратегии национальной безопасности 2020 года экономическую безопасность России предлагается укреплять с помощью активной государ-

ственной антиинфляционной, валютной, курсовой, денежно-кредитной и налогово-бюджетной политики, ориентированной на импортозамещение и поддержку реального сектора экономики. Устойчивость финансово-банковской системы названа среди факторов, способствующих обеспечению национальной безопасности в области повышения качества жизни российских граждан. Как и ранее, обеспечение финансовой безопасности не формулируется как цель в иерархии целей Стратегии национальной безопасности 2020, которую возглавляет обеспечение национальной безопасности России.

Стратегия национальной безопасности России, имеющая статус документа стратегического планирования, утверждена Указом Президента Российской Федерации от 31.12.2015 №683<sup>6</sup>. В ней указано, что стратегия является базовым документом стратегического планирования, определяющим национальные интересы и стратегические национальные приоритеты России, цели, задачи и меры в области внутренней и внешней политики, направленные на укрепление национальной безопасности и обеспечение устойчивого развития страны на долгосрочную перспективу. Документ основан на положениях Закона о стратегическом планировании, и национальная безопасность в нем возглавляет иерархию стратегических целей. Доля финансово-правовых вопросов в Стратегии 2015 года сократилась. Признано только, что сохраняется высокий риск повторения масштабных финансово-экономических кризисов, но эти кризисы связываются с влиянием политических факторов на экономические процессы и структурных дисбалансов в мировой экономике (п. 24).

Вопросы, фактически относящиеся к финансовой безопасности, в документах отнесены к разделу обеспечения национальной безопасности. В Стратегии 2015 года по-прежнему нет финансовой безопасности как понятия. Вместе с тем анализ развития стратегических документов показывает, что проблемы устойчивости, защищенности и развития российской финансовой системы давно рассматриваются в документах стратегического планирования во взаимосвязи с понятиями национальной и экономической безопасности.

Стратегическая цель — обеспечение финансовой безопасности — должна встроиться в иерархию «обеспечение национальной безопасности — обеспечение экономической безопасности — обеспечение финансовой безопасности». Последовательное выстраивание иерархии целей наиболее эффективно, если это будет сделано не только фактически, но и юридически. Отсутствие иерархии и взаимосвязи целей влечет за собой непоследовательность в законодательном регулировании, что выливается в конфликты и споры, в том числе судебные. Текущие, включая числовые и предметные, цели должны соответствовать общим и долгосрочным, тем самым в управленческом цикле формируется иерархия целей. Представляется, что обеспечение финансо-

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2016. № 1 (часть II). Ст. 212.

вой безопасности является именно целью стратегического планирования и отличается от иных категорий диалектики субъективного и объективного.

В социальных науках предложено несколько определений цели. Цель может быть определена как желаемое в будущем и в этом смысле цели становятся мерилем для всего предпринятого для их достижения. Формулирование целей — сложный социальный процесс, и полезно вспомнить о значении идей доверия и сотрудничества в модели безопасности. Право призвано решить эту одну из управленческих проблем, т.е. согласовать и привести к единству целеполагание. Право обеспечивает иерархию целей, в том числе на стадии их формирования: цели нижних порядков формируются с учетом вышестоящих. В настоящее время иерархия целей лишь отчасти сформирована правовыми средствами.

Документы стратегического планирования упоминают категорию «национальный интерес», но обеспечение финансовой безопасности России, с точки зрения правовой науки не относится к национальным интересам. Проблема соотношения финансовой безопасности и финансовых интересов ставится, но пока не находит окончательного удовлетворительного решения. Цели проистекают из интересов и представляют собой их субъективизацию. Вместе с тем, интересы реализуются только после их осознания и оценки, что входит в процесс формирования цели. Цель не равна выраженным в ней интересам и только более или менее адекватно отражает их [Экимов А.И., 1996: 3–9].

Обеспечение финансовой безопасности находится на уровне стратегических целей. Важное качество стратегических целей — это их траекторность, линия движения системы к заданной цели [Афанасьев В.Г., 1975: 134]. Стратегичность понимают также как приоритетность, первоочередность [Маланыч И., 2007: 8–12].

Обеспечение финансовой безопасности фактически существует в рамках целей обеспечения экономической и национальной безопасности. Положение вещей остается отразить в документах стратегического планирования. Фактическое существование иерархии подтверждает, например, вовлечение преобразованного в мега-регулятор Центрального банка России в общее управление экономикой, в том числе через подчинение целей Центрального банка России общим целям стратегического планирования. Аналогичным образом подчинение денежно-кредитной и валютной политики целям финансовой и экономической политики указывает на встраивание цели обеспечения финансовой безопасности в иерархию.

## **Заключение**

В зарубежной практике мы встречаем примеры принятия специальных законодательных актов о финансовой безопасности. Например, с 2003 года

во Франции действует законодательный акт «О финансовой безопасности» [Кучеров И.И., 2017: 69–79]. В российских публикациях есть радикальные предложения о принятии федерального закона о финансовой безопасности. Мы полагаем, что, учитывая тесную взаимосвязь и иерархическую зависимость финансовой безопасности с экономической безопасностью и в конечном итоге с национальной безопасностью, убедительной научной основы для разработки и принятия специального закона нет. Во всяком случае, следует рассмотреть альтернативы принятию специального закона.

Закон о стратегическом планировании создает возможность реализации всех задач правового регулирования финансовой безопасности. Обеспечение финансовой безопасности как цель стратегического планирования фактически оформилась и заняла место в иерархии стратегических целей. На это указывает анализ содержания документов стратегического планирования, выводы в научных публикациях и анализ складывающихся отношений в сфере финансов. Обеспечение финансовой безопасности как цель стратегического планирования наиболее органично воплощает идеи сотрудничества в обществе и современную модель безопасности.

Необходимо включить понятие «обеспечение финансовой безопасности» в терминологию документов стратегического планирования и выстроить последовательную иерархию целей с обеспечением национальной безопасности России на вершине. Оформление иерархии целей в документах стратегического планирования является одним из вариантов придания государственной значимости и правовой формы финансовой безопасности страны. На наш взгляд, это наиболее удачный вариант, он сохраняет стабильность законодательства без вкрапления узконаправленных законов в ткань правового регулирования. Одновременно обеспечивается необходимая гибкость правового регулирования, поскольку интенсивность правового регулирования в сфере безопасности зависит от ситуации в обществе и в мире, а также от расстановки приоритетов в системе «безопасность — развитие».



## Библиография

Афанасьев В.Г. Социальная информация и управление обществом. М.: Политиздат, 1975. 408 с.

Елизарова В.В. Место и роль финансовой безопасности в системе обеспечения экономической безопасности России // Экономика, статистика и информатика. 2015. №2. С. 45–48.

Елистратов А. Должностное лицо и гражданин / Вопросы административного права. СПб.: Мамонтов, 1916. 195 с.

Каюров Е.А. Конституционно-правовое регулирование государственных (муниципальных) финансов в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 2. С. 48–62.

Кучеров И.И. Слагаемые финансовой безопасности и ее правовое обеспечение // Журнал российского права. 2017. № 6. С. 69–79.

Кучеров И.И., Поветкина Н.А. и др. Институты финансовой безопасности. М.: Норма, 2017. 256 с.

Леднева Ю.В. Планирование публичных финансов как условие обеспечения финансовой безопасности Российской Федерации // Финансовое право. 2018. N 11. С. 7–11.

Маланыч И.Н. Стратегические цели как объекты правового регулирования в законодательстве субъектов Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 13. С. 8–12.

Поветкина Н.А. Бюджетно-правовые инструменты повышения эффективности государственного управления // Юридическая наука и практика. 2018. № 4. С. 240–245.

Поветкина Н.А., Леднева Ю.В. «Финтех» и «регтех»: границы правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 46–67.

Сенчагов В.К. Обеспечение финансовой безопасности России в условиях глобализации // Вестник Российской академии естественных наук. 2011. № 3. С. 14–19.

Фокин Н.И. Внешнеэкономическая безопасность: понятие, опыт, проблемы // У карты Тихого океана. Информационный бюллетень. 2016. N 18. С. 21–25.

Хабриева Т.Я. Правовые проблемы финансовой безопасности России // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 10. С. 45–54.

Цейковец Н.В. Базовые требования к системам индикаторов национальной экономической безопасности // Национальная безопасность. 2016. № 4. С. 432–542.

Экимов А.И. Политические интересы и юридическая наука // Государство и право. 1996. N 11. С. 3–9.

Harborne B., Dorotinsky W., Bisca P. Securing Development: Public Finance and the Security Sector. Washington: The World Bank, 2017. 512 p.

Rakitskaya I.A., Shashkova A.V., Pavlov E.Ya. Emergence and Activity of Legal Entities in Russia in the Pre-Revolutionary Period (comparative analysis). *Bylye Gody*, 2017, no 4, pp. 1333–1344.

Shashkova A.V. Corporations and State: Emerging Corporate Liability. *Opción*, 2018, no 14, pp. 432–458.

Talapina E. The Emergence of Public Economic Law in Russia: a Comparative View [L'émergence du droit public économique en Russie: Un regard comparatif]. *Revue d'Etudes Comparatives Est-Ouest*, 2007, issue 2, pp. 107–124.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 2

### Financial Safety within Hierarchy of Strategic Planning Purposes in Russian Federation



**Ekaterina V. Kudryashova**

Senior Research Fellow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: ev\_kudryashova@inbox.ru.

## Abstract

Unlike national security, the notion of financial safety got into the light spot of the law science only recently and today there is a discussion in the publications on the place of financial safety in the legal regulation. By now, there are a few achievements of economic science should be transformed in the legal form. Social science has ascertained the existence of the interrelation and hierarchy «national safety» — «economic safety» — «financial safety», which means among other that advancing the financial safety does not make sense if it does not promote the level of economic safety. Financial safety cannot be a separated object of legal regulation outside this hierarchy. Procurement of financial safety already exists in the framework of economic and national safety. Financial safety has all the qualities of strategic purposes: priority and “trajectory”. The understanding of financial safety as a strategic purpose resembles the ideas of cooperation and trust, which form the basis of contemporary model of safety. This already existing situation can be reflected in the strategic planning documents. Including the financial safety in strategic documents as a purpose is one of the options for legal regulation of the financial safety in Russia. The Federal Law “On strategic planning in Russian Federation” provides all the opportunities to solve all the tasks of legal regulation of financial safety in strategic documents. By this time there are not enough reasons for a special law on financial safety as it can destroy the mentioned hierarchy and will fall out of the system of legal regulation.

## Keywords

financial law; finance; strategic planning; strategic governance; economic safety; financial safety.

**For citation:** Kudryashova E.V. (2019) Financial Safety within Hierarchy of Strategic Planning Purposes of the Russian Federation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 124–138 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.124.138

## References

Afnas'ev V.G. (1975) *Social Information and Management of the Society*. Moscow: Politizdat, 408 p. (in Russian)

Ekimov A.I. (1996) Political Interests and Legal Science. *Gosudarsvo i pravo*, no 11, pp. 3–9 (in Russian)

Elisarov V.V. (2015) The Place and Role of Financial Security in the System of Economic Security of Russia. *Economica*, no 2, pp. 45–48 (in Russian)

Elistratov A. (1916) *Civil Servant and the Citizen*. Saint Petersburg: Mamontov, 195 p. (in Russian)

Fokin N.I. (2016) [Foreign economy security: notion, experience, problems]. U karty tikhogo okeana. *Informatsionnyi bulletin'*, no 18, pp. 21–25 (in Russian)

Harborne B., Dorotinsky W., Bisca P.M. (2017) *Securing Development: Public Finance and Security Sector*. Washington: The World Bank, 512 p. (in English)

Kayurov E.A. (2013) Constitutional Regulation of the State (Municipal) Finances in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 48–62 (in Russian)

Khabrieva T.Ya. (2016) Legal Issues of Financial Security in Russia. *Vestnik ekonomicheskogo pravosydiya Rossiiskoy Federatsii*, no 10, pp. 45–54 (in Russian)

- Kucherov I.I., Povetkina N.A. (eds.) (2017) *The Institutions of Financial Security*. Moscow: Norma, 256 p. (in Russian)
- Kucherov I.I. (2017) Summons of Financial Security and its Legal Provision. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6, pp. 69–79 (in Russian)
- Ledneva Yu.V. (2018) Planning of Public Finance as the Condition for Financial Security in Russian Federation. *Finansovoye pravo*, no 11, pp. 7–11 (in Russian)
- Malanych I.N. (2007) Strategic Purposes as the Object of Legal Regulation in the Subjects of Russian Federation. *Konstitutsionnoe i munitsipalnoe pravo*, no 13, pp. 8–12 (in Russian)
- Povetkina N.A. (2018) Budgetary Instruments of Public Management Efficiency Enhancement. *Yuridicheskaya nauka i praktika*, no 4, pp. 240–245 (in Russian)
- Povetkina N.A., Ledneva Yu.V. (2018) “Fintech” y “regtech”: the Limits of Legal Regulation. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 46–67 (in Russian)
- Rakitskaya I.A., Shashkova A.V., Pavlov E.Ya. (2017) Emergence and Activity of Legal Entities in Russia in the Pre-Revolutionary Period (comparative analysis). *Bylye gody*, issue 4, pp. 1333–1344 (in Russian)
- Senchagov V.K. (2011) Maintaining of Financial Security of Russia in Conditions of the Globalization. *Vestnik rossiiskoi akademii estestvennykh nauk*, no 3, pp 14–19 (in Russian)
- Shashkova A.V. (2018) Corporations and the State: Emerging Corporate Liability. *Opción*, no 14, pp. 432–458 (in English)
- Talapina E. (2007) The Emergence of Public Economic Law in Russia: A Comparative View (L'émergence du droit public économique en Russie: Un regard comparatif). *Revue d'Etudes Comparatives Est-Ouest*, issue 2, pp. 107–124 (in French)
- Tseykovets N.B. (2016) Basic Requirements to the System of Indicators of National Economic Security. *Natsionalnaya bezopasnost'*, no 4, pp. 432–542 (in Russian)

# Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации как источник отечественного гражданского процессуального права

---



**Н.В. Самсонов**

доцент кафедры гражданского процессуального права Российского государственного университета правосудия (Ростовский филиал), кандидат юридических наук. Адрес: 344038, Российская Федерация, Ростов-на-Дону, ул. Ленина, 66. E-mail: ns-amsonov@yandex.ru

---



## **Аннотация**

В статье исследуются место и значение постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — Постановления ПВС) в отечественной правовой системе. Автор не ограничивается использованием формально-юридического подхода, а подчеркивает необходимость отхода от правового позитивизма и целесообразность использования аксиологического (ценностного) подхода к пониманию права при определении места Постановлений ПВС в данной системе. Для этого проводится анализ законодательства, регламентирующего деятельность Верховного Суда Российской Федерации, на основании которого делается вывод, что возникновение новых норм в ходе реализации Судом его полномочий — объективный процесс, обусловленный логикой развития отечественной правовой системы. В качестве основного признака, отличающего Постановления ПВС от судебных прецедентов и иных судебных актов, названы обобщающая направленность толкования закона и универсальность основанных на нем выводов. В статье опровергаются ссылки на принцип разделения властей как на аргумент против признания судебного правотворчества, также оспаривается тезис, что разъяснения Пленума Верховного Суда Российской Федерации не являются руководящими и не имеют обязательной силы, подчеркивается наличие процессуальных механизмов, обеспечивающих обязательность Постановлений ПВС. Приведены примеры, показывающие, что Верховный Суд Российской Федерации творит право, восполняет пробелы в правовом регулировании, создает новые правовые нормы, и его постановления фактически являются источником (формой) гражданского процессуального права. Сделан вывод, что Постановления ПВС — основанные на высшем уровне обобщения и анализа судебной практики разъяснения высшего судебного органа, имеющие обязательный для судов общей юрисдикции и иных участников гражданских процессуальных правоотношений характер. Отмечена необходимость закрепления статуса Постановлений ПВС как источника (формы) гражданского процессуального права для устранения проблем, возникающих при их применении.

---



## Ключевые слова

гражданское процессуальное право, гражданский процесс, источники (формы) права, Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, акты высших судебных органов, судебная практика, судебное правотворчество, правотолкование.

---

---

**Для цитирования:** Самсонов Н. В. Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации как источник отечественного гражданского процессуального права. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 139–162.

УДК: 347.91.95

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.139.162

## Введение

Всеми исследователями и практикующими юристами признано значение постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — Постановления ПВС) для отечественной правовой системы в целом и для гражданского судопроизводства. Как явление правовой действительности, Постановления оказывают влияние на все аспекты функционирования и развития правовой системы, начиная с правоприменения на уровне судов первой инстанции и заканчивая влиянием на основные тенденции правовой политики государства. Однако единая оценка их правовой природы отсутствует.

Среди актов, принимаемых судами общей юрисдикции, Постановления ПВС выделяются своим характером, проявляющимся в том, что этими постановлениями не разрешаются конкретные гражданские дела. Следовательно, они не могут быть отнесены к судебным прецедентам, которыми, по нашему мнению, являются только судебные постановления, вынесенные по конкретным делам.

В.М. Жуйков, говоря об отличии разъяснений Пленума Верховного Суда от судебного прецедента, отмечает, что разъяснения даются правомерно — на основании ст. 126 Конституции; что они значительно эффективнее судебного прецедента, так как являются более обобщенными и многогранными, могут быть даны заблаговременно, когда неясность закона очевидна, позволяя предупреждать судебные ошибки, а не исправлять их; что они не касаются конкретных дел и носят общий характер, затрагивают лишь вопросы права, а вопросы фактов оставляют в исключительной компетенции судов, рассматривающих дела [Жуйков В.М., 2008: 832]. На наш взгляд, основным признаком, отличающим Постановления ПВС от судебных прецедентов и иных судебных актов, является именно обобщающая направленность толкования закона и универсальность основанных на нем выводов.

В рамках настоящей работы в первую очередь рассматривается возможность отнесения Постановлений ПВС к источникам (формам) гражданского процессуального права. На современном этапе развития юридической мысли все больше исследователей склоняется к тому, чтобы признать Постановления ПВС источниками права. Подобного рода эволюция могла бы способствовать достижению максимально верного и единообразного применения федерального законодательства всеми судами России, что в свою очередь позитивным образом скажется на эффективности российского судопроизводства. Как отмечает М.А. Фокина, в условиях реформирования социальных отношений необходимость законодательного признания правотворческих функций суда как инструмента реагирования на появление новых социальных институтов является закономерной [Фокина М.А., 2005: 20–25]. Тем не менее в научном сообществе нет единодушия в вопросе о признании Постановлений ПВС источниками (формой) отечественного гражданского процессуального права. Все это побуждает обратиться к детальному изучению данного феномена, исследовать его правовую природу и возможность отнесения к источникам (формам) гражданского процессуального права.

Методологическую основу исследования составляют общенаучные методы системного анализа и сравнительного исследования, а также присущие правовой науке формально-юридический и сравнительно-правовой анализ, методы буквального, систематического, телеологического, аксиологического и исторического толкования правовых норм.

## **1. История вопроса**

Начало дискуссии о правовом значении актов высших судебных органов, направленных на толкование закона с целью обеспечения его единообразного применения судами, было положено после Судебной реформы 1864 г. Решения Сената, являвшегося высшим судебным органом Российской Империи, оказывали значительное влияние на правоприменительную деятельность, что вызывало дискуссии относительно их правотворческого характера.

Для разрешения затруднений, сопряженных с определением юридического статуса разъяснений высших судебных инстанций, ученые-процессуалисты предлагали использовать различные правовые конструкции. Так, А.Х. Гольмстен вел речь о существовании гражданско-процессуального обычного права, которое, по его мнению, вырабатывалось как самостоятельная форма права и практикой волостных судов, и наказами министерства юстиции [Гольмстен А.Х., 1913: 2–27]. И.Е. Энгельман механически объединял в одном параграфе своего учебника источники гражданского процессуального права и кассационные решения Сената [Энгельман И.Е., 1912: 1–7].

Наиболее интересны взгляды Е.В. Васьковского, который рассматривал судебную практику в качестве вспомогательного источника процессуального права. Основой такого умозаключения являлась позиция Сената, признававшего за своими разъяснениями, даваемыми при кассационном разрешении дела, а также за определениями, даваемыми с целью разъяснения вопросов, неодинаково разрешаемых судами или возбуждающими сомнения на практике, «обязательное значение» для всех подведомственных ему судебных учреждений. Эти разъяснения и определения публиковались, чтобы служить руководством к единообразному истолкованию и применению законов. При этом он отмечал, что такой вывод не соответствует букве закона, однако, поскольку он принимается к руководству всеми судами Российской Империи, то с ним необходимо считаться [Васьковский Е.В., 1914: 18–19]. Из взглядов дореволюционных процессуалистов на проблему определения правовой природы актов высших судебных органов именно воззрения Е.В. Васьковского актуальны поныне.

В советский период в доктрине также уделялось значительное внимание проблеме определения места и значения актов высших судебных органов, их руководящих разъяснений, принимаемых ими актов толкования права и судебной практики в целом. Их влияние на процесс совершенствования законодательства не отрицалось, т.е. в таком значении эти акты и судебная практика могли рассматриваться как источник права. Однако вопрос о возможности отнесения указанных актов к источникам в значении формы права давал повод для дискуссии. Большинство исследователей однозначно придерживались позиций юридического позитивизма и, исходя из ст. 1 и 12 Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик, не включавших эти акты ни в состав законодательства о гражданском судопроизводстве, ни в состав актов, применяемых судом при разрешении гражданских дел, отрицали возможность причисления ПВС к источникам гражданского процессуального права. Так, А.Ф. Клейнман отмечал: «Верховный Суд СССР является лишь высшим судебным органом и как таковой не уполномочен заниматься правотворчеством» [Клейнман А.Ф., 1957: 18]. Некоторые авторы отрицали даже обязательность указаний высших судов о толковании права для нижестоящих судов.

Тем не менее была и противоположная точка зрения, сторонники которой либо признавали акты высших судебных органов относящимися к источникам (формам) права либо предлагали признать судебную практику одним из источников советского права [Вильнянский С.И., 1947: 244–245].

Однако большинство ученых-юристов значение судебной практики, включая постановления высших судов, в деятельности судов признавало, но не как источника (формы) права, а расценивая данный феномен либо как прецедент толкования правовой нормы, наделенный ограниченной обязатель-

ностью, либо как суррогат нормативного правового акта, в основе которого лежит аналогия закона или аналогия права [Боннер А.Т., 2017: 8–14], либо как интерпретационную норму, обязательность которой имеет не формальный, а фактический (логический) характер [Черданцев А.Ф., 1974: 33–34].

## **2. Аргументы за и против отнесения Постановлений Пленума Верховного Суда к источникам гражданского процессуального права**

Изменение в конце прошлого века общественно-политического строя, отказ от мертвящих марксистских догматов повлекли за собой изменение парадигмы юридической науки в части ее отношения к источникам (формам) права. Тогда В.В. Ярков выдвинул идею о необходимости расширения круга источников гражданского процессуального права за счет «сложившихся положений и обычаев судебной практики, объективированных в постановлениях, разъяснениях и решениях общего характера и по конкретным делам Верховного Суда» [Ярков В.В., 1992: 150]; идею рациональную, но в тот момент воспринятую как преждевременную и не нашедшую воплощения в позитивном праве.

На наш взгляд, для определения правового значения Постановлений ПВС и для решения вопроса о возможности причисления их к источникам (формам) права прежде всего необходимо обратиться к законодательству, регламентирующему деятельность Верховного Суда Российской Федерации и тем самым определяющему черты и свойства высшего органа судебной власти.

В статье 126 действующей Конституции Российской Федерации прямо говорится о полномочиях Верховного Суда России давать разъяснения по вопросам судебной практики, однако такая характеристика разъяснений, как «руководящие» в Конституции Российской Федерации отсутствует. Эти конституционные положения развиваются в ч. 7 ст. 2 и в п. 1 ч. 3 ст. 5 Федерального конституционного закона от 05.02.2014 N 3-ФКЗ (ред. от 30.10.2018) «О Верховном Суде Российской Федерации»<sup>1</sup>, согласно которым Верховный Суд в целях обеспечения единообразного применения законодательства дает судам разъяснения по вопросам судебной практики на основе ее изучения, анализа и обобщения.

### **2.1. Сочетаемость принципа разделения властей и судебного правотворчества**

В указанных нормах Конституции Российской Федерации и ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» прямо не закреплена правотворческая

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2014. № 6. Ст. 550.

функция судебной власти, что дает некоторым авторам основание со ссылкой на принцип разделения властей отрицать возможность причисления актов Верховного Суда к числу источников гражданского процессуального права. Однако вывод о несоответствии судебного нормотворчества действительному назначению судебных органов является поспешным.

Система разделения властей нигде не существует в чистом виде, исполнительная власть занимается правотворчеством, причем активно, в том числе в сфере гражданского судопроизводства. В качестве примеров такого правотворчества из относительно недавнего прошлого можно привести такие подзаконные акты, как Указ Президента России от 17.09.1994 № 1930 «О государственной пошлине»<sup>2</sup> и Постановление Правительства России от 14.02.2003 № 100 «Об уполномоченном органе в делах о банкротстве и в процедурах банкротства и регулирующем органе, осуществляющем контроль за саморегулируемыми организациями арбитражных управляющих»<sup>3</sup>, влияние которых на гражданское судопроизводство уже описано в специальной литературе [Фархтдинов Я.Ф., 2002: 111–115]. В настоящее время действуют изданные Судебным департаментом при Верховном Суде Российской Федерации (о принадлежности которого к органам исполнительной или судебной власти идет дискуссия) подзаконные нормативные акты — приказы «Об утверждении Регламента организации извещения участников судопроизводства посредством СМС-сообщений»<sup>4</sup>, «Об утверждении Порядка подачи в федеральные суды общей юрисдикции документов в электронном виде, в том числе в форме электронного документа»<sup>5</sup>, вводящие новые правила в части извещения лиц, участвующих в деле, и подачи некоторых процессуальных документов в электронной форме соответственно.

Неизбежен вывод, что принцип разделения властей в современной России проявляется не в запрете исполнительной и судебной ветвям власти создавать нормы права (такой запрет в позитивном праве отсутствует), а в разделении полномочий между ветвями власти и в установлении приоритета законов над актами иных ветвей власти. Кроме того, недопустимо смешивать парные понятия права и закона, правотворчества и законотворчества, нельзя забывать, что последние категории в этих парах гораздо уже. Вряд ли можно оспорить тот факт, что правовая система любого государства включает не только законы и подзаконные акты, но и иные правовые явления (международные договоры, локальные акты, обычаи, прецеденты и т.д.), в которых содержатся общеобязательные правила поведения для неопределенного круга лиц, т.е. нормы права.

---

<sup>2</sup> СЗ РФ. 1994. № 22. Ст. 2464.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2003. № 7. Ст. 659.

<sup>4</sup> Бюллетень актов по судебной системе. 2014. № 2.

<sup>5</sup> Бюллетень актов по судебной системе. 2017. № 2.

Более того, даже если говорить исключительно о писаном, позитивном праве, считая его состоящим исключительно из законов и подзаконных актов, то маловероятна ситуация, в которой эти законы и акты не потребуют интерпретации. В большинстве случаев законодатель не в состоянии предусмотреть все возможные правовые ситуации, что зачастую является причиной правовых конфликтов, и пока не будет выработана судебная позиция по спорным вопросам, содержание права будет неопределенным. Еще Р. Иеринг указывал, что кроме норм, содержащихся в законах, имеются нормы, которые можно вывести из закона путем его толкования [Иеринг Р., 1875: 29], и такое толкование, как правило, дается органами судебной власти, создающей судебную практику. Поэтому о судебной практике, высшим, обобщающим результатом которой являются Постановления ПВС, на наш взгляд, можно обоснованно говорить не только как об актах применения права, но и как об источниках права.

Таким образом, использование ссылки на принцип разделения властей в качестве аргумента против признания судебного правотворчества представляется недостаточным, и мы соглашаемся с Т.Н. Нешатаевой, которая полагает, что судебная власть не может существовать без возможности правового воздействия на действительность и поэтому ей генетически присуще свойство создания общеобязательных правил поведения [Нешатаева Т.Н., 2000: 106–111].

## **2.2. Отношение высших судов России к судебному правотворчеству**

Следует обратить внимание на то, что представители высших судебных инстанций последовательно, на протяжении десятилетий, поддерживают идею о правотворческом характере выносимых ими постановлений. Так, Председатель Верховного Суда В.М. Лебедев отмечает: «Законодательно-нормативный путь формирования российского права не исключает возможности развития прецедентного права» [Лебедев В.М, 2001: 215]. Аналогично мнение бывшего Председателя Высшего Арбитражного Суда А.А. Ивановым: «Судебное толкование требуется, прежде всего, тогда, когда качество законов является низким. Поэтому через судебное толкование и обеспечивается правовая стабильность» [Иванов А.А., 2005: 6]. А говорить о высоком качестве принимаемых законов в настоящее время не станут даже самые убежденные апологеты законодательной власти.

Отметим также, что роль Постановлений ПВС по вопросам судебной практики отражена и в процессуальном законодательстве. Так, в ч. 4 ст. 170 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) указано, что мотивировочная часть решения суда может содержать

ссылки на постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики<sup>6</sup>. В ст. 198 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ), устанавливающей требования к содержанию решения суда, аналогичные положения отсутствуют. Такое различие в регулировании близких отраслей цивилистического процесса кажется неоправданным представителям не только юридической науки, но и судебной системы. Поэтому в п. 4 Постановления ПВС от 19.12.2003 №23 «О судебном решении» указывается, что судам при составлении мотивировочной части решения следует учитывать акты высших судебных органов, в том числе «постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, принятые на основании статьи 126 Конституции Российской Федерации и содержащие разъяснения вопросов, возникших в судебной практике при применении норм материального или процессуального права, подлежащих применению в данном деле»<sup>7</sup>. Соответственно, Верховный Суд Российской Федерации, как и Сенат ранее, настаивает на обязательности своих постановлений для нижестоящих судов. Следовательно, поскольку сам Верховный Суд исходит из обязательного характера Постановлений ПВС (слова «следует учитывать» в данном контексте иначе как императивное предписание, не допускающее игнорирования или индифферентности, расценить нельзя), то эти постановления становятся обязательными для российских судов и иных субъектов гражданских процессуальных правоотношений.

Более того, Верховный Суд Российской Федерации принимает меры к повышению уровня правового обоснования такой обязательности, в связи с чем им было выдвинуто предложение о внесении изменений в ч. 4 ст. 198 ГПК РФ, синхронизирующих содержание данной нормы с содержанием аналогичной нормы АПК РФ. Предлагалось внести в текст закона указание на возможность включения в мотивировочную часть решения суда общей юрисдикции ссылок на Постановления ПВС по вопросам судебной практики, на постановления Президиума Верховного Суда Российской Федерации, а также на утвержденные Президиумом обзоры судебной практики. В настоящее время эти предложения воплощены в тексте федерального закона<sup>8</sup>.

При размышлениях о значении Постановлений ПВС и их обязательности следует обратиться к п. 3 ст. 391.9 ГПК РФ, который закрепляет в качестве основания для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора нарушение «единообразия в толковании и применении судами

---

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

<sup>7</sup> Российская газета. 2003. № 260.

<sup>8</sup> См.: Федеральный закон от 28.11.2018 № 451-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 49 (часть I). Ст. 7523.

норм права». Как известно, именно в Постановлениях ПВС фиксируются результаты обобщения и анализа судебной практики. Эти результаты могут касаться различных проблем судебного правоприменения, как вытекающих из особенностей того или иного вида гражданского судопроизводства (например, Постановление ПВС от 27.12.2016 № 62 «О некоторых вопросах применения судами положений ГПК РФ и АПК РФ о приказном производстве»)<sup>9</sup>, так и присущих той или иной стадии гражданского процесса (Постановление ПВС от 11.12.2012 №31 «О применении норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении судами заявлений, представлений о пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам вступивших в законную силу судебных постановлений»)<sup>10</sup>, либо связанных с рассмотрением отдельных категорий гражданских дел (например, Постановление ПВС от 20.04.2006 № 8 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей»)<sup>11</sup>, либо возникающих в ходе реализации отдельных процессуальных моментов (например, Постановление ПВС от 13.12.2012 № 35 «Об открытости и гласности судопроизводства и о доступе к информации о деятельности судов»)<sup>12</sup>. Как видим, в Постановлениях ПВС содержится обозначение фарватера, которым должна следовать судебная практика и отклонение от которого влечет за собой крах результатов судебного разбирательства по конкретному делу, проявляющийся в отмене вынесенных по делу решений, определений и постановлений.

### **2.3. Обязательность Постановлений Пленума Верховного Суда**

Противники признания обязательности Постановлений ПВС для судов, в частности, Б.А. Булаевский, отмечают, что «любой судья имеет право, изучив правовую позицию высшего суда и аргументировав, почему в конкретном деле она неприменима, отказаться от нее и сформулировать свою» [Булаевский Б.А., 2017: 380–381]. Однако трудно отрицать, что судья, рассматривающий гражданское дело, исследовав его обстоятельства и изучив нормативный правовой акт, вправе аргументировать, почему этот акт не применим в рассматриваемом деле, и применить другой закон либо решить дело на основании аналогии закона или аналогии права. Следовательно, моделируемая ситуация говорит лишь о значении судьейского усмотрения при разрешении конкретного дела, о праве судьи анализировать обстоятельства дела, выбирать и толковать применимые нормы права, выявлять их смысл с учетом разъяс-

<sup>9</sup> Российская газета. 2017. № 6.

<sup>10</sup> Российская газета. 2012. № 295.

<sup>11</sup> Российская газета. 2006. № 92.

<sup>12</sup> Российская газета. 2012. № 292.

нений, данных Верховным Судом в Постановлении Пленума, определять допустимо или нет их применение в конкретном деле в таком смысле.

Интересный взгляд на толкования Верховным Судом нормативных актов излагает Л.А. Грось, которая полагает, что его руководящие разъяснения не являются нормами права, а являются актами «официального толкования нормативных актов, которые не могут по своей юридической силе превосходить закон, поэтому в ситуации, когда возникает коллизия между законом и актом его толкования, суд должен применять закон, обосновав собственное его толкование» [Грось Л.А., 1999: 455]. Необходимым отметить, что когда закон ясен, когда его толкование не требуется, в Постановлениях ПВС зачастую дословно воспроизводится его текст, и вопрос о коллизии в таком случае иллюзорен. Если же закон темен, неясен, то его смысл без толкования невозможно установить, и коллизия, о которой было упомянуто выше, является мнимой. По сути, это коллизия не между законом и толкованием, данным высшим судебным органом, а между этим толкованием и толкованием, даваемым иным правоприменителем (например, судом первой инстанции).

Я.Ф. Фартхдинов, анализируя законодательство о Верховном Суде, отмечает, что разъяснения Пленума Верховного Суда не являются руководящими и не могут иметь обязательной силы для несудебных органов [Фартхдинов Я.Ф., 2002: 282]. Действительно, буквальное толкование текста Конституции и законодательства о высших судебных органах, как ранее действовавшего, так и нынешнего, позволяет сделать такой вывод. Однако при этом автор не учел два немаловажных момента. Во-первых, обсуждая проблему обязательности Постановлений ПВС применительно к гражданским процессуальным отношениям, следует принимать во внимание, что суд является их неперенным участником, причем обладающим властными полномочиями в отношении иных субъектов этих правоотношений, без санкции которого гражданский процесс не возникнет, а возникнув, не будет переходить из одной стадии в другую. Таким образом, обязательные для суда правила, содержащиеся в Постановлении ПВС, становятся обязательными для всех участников гражданского судопроизводства, и предполагать обратную возможность несколько наивно.

Во-вторых, развитая в России система судебного контроля за деятельностью государственных органов и должностных лиц, эффективная процедура рассмотрения судами заявлений (административных исковых заявлений) граждан и организаций об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти и местного самоуправления, должностных лиц, государственных или муниципальных служащих, иных органов и организаций, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, вынуждает указанных субъектов, привлекаемых в случае судебного обжалования изданных ими актов в качестве административных ответчиков

(ранее — заинтересованных лиц), руководствоваться теми разъяснениями законодательства, которые содержатся в Постановлениях ПВС. В подтверждение такого вывода можно привести отмечаемые не только сторонниками, но противниками отнесения Постановлений ПВС к источникам права случаи восполнения высшей судебной инстанцией пробелов в правовом регулировании, признание фактического наличия в них общих положений, имеющих нормативный характер [Фархтдинов Я.Ф., 2002: 283-284], т.е. элементов правотворчества.

Можно ли обосновать обязательность Постановлений ПВС местом Верховного Суда в системе общих судов? По мнению Т.В. Соловьевой, признающей обязательный характер Постановлений ПВС, ссылки на «руководящее положение Верховного Суда» для обоснования такой обязательности недостаточно, поскольку суды независимы, подчиняются только Конституции и закону, и «нельзя превозносить правовое положение суда одного уровня над другим» [Соловьева Т.В., 2010: 96–99]. Однако нельзя и не обращать внимания на иерархию судебной системы, на институт пересмотра судебных постановлений, которые дают вышестоящим судам при наличии процессуальных поводов право отменять постановления судов нижестоящих, на обязанность судов, рассматривающих дело по первой инстанции, правильно и единообразно истолковывать закон, что делает необходимым учет позиций Верховного Суда.

Поэтому игнорирование разъяснений, содержащихся в Постановлении ПВС, может привести к неправильному истолкованию закона, что в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 330 ГПК является основанием для отмены или изменения решения суда в апелляционном порядке, и данное обстоятельство является еще одним аргументом в пользу умозаключения об обязательном характере Постановлений ПВС. Следовательно, можно согласиться с мыслью И.Ю. Богдановской о том, что суды, развивающие право, всегда имеют статус высших судов и именно наличие такого статуса отличает их от судов, не вносящих вклад в развитие права [Богдановская И.Ю., 2007: 204].

Кроме того, следует вновь обратиться к содержанию п. 5 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ, из которого также вытекает обязательность Постановлений ПВС. Согласно указанной норме нижестоящие суды обязаны пересматривать свои вступившие в законную силу решения при наличии новых обстоятельств, к которым закон относит определение либо изменение в Постановлении ПВС практики применения правовой нормы.

Таким образом, суды обязаны руководствоваться толкованием норм, содержащимся в Постановлениях ПВС, а при отклонении от такого толкования их решения могут быть отменены и пересмотрены (при наличии процессуального повода) на любой из проверочных стадий гражданского судопроизводства.

## **2.4. Возможность признания Постановлений Пленума Верховного Суда самостоятельными регуляторами гражданского судопроизводства**

Указанные положения Конституции и законодательства, в том числе процессуальные, определяющие полномочия Верховного Суда, являются нормативным основанием для аргументации научной позиции об обязательности разъяснений, содержащихся в Постановлениях ПВС, для нижестоящих судов. Это коррелирует с проблемой отнесения данных актов к источникам (формам) права, однако ее не исчерпывает, так как признание обязательности того или иного акта не является основанием для объявления его источником (формой) права. Суть рассматриваемой проблемы находится не только в плоскости обязательности или необязательности Постановлений ПВС, содержащих разъяснения высшей судебной инстанции по вопросам гражданского процессуального права, а в том, являются ли эти разъяснения самостоятельными регуляторами общественных отношений, возникающих в сфере гражданского судопроизводства [Молчанов В.В., 2019: 45]. Действительно, именно критерий новизны правовой нормы в вопросе регулирования общественных отношений является отправной точкой в определении юридического статуса Постановлений ПВС, их причисления или не причисления к источникам (формам) отечественного гражданского процессуального права, и именно такая постановка вопроса препятствует прекращению дискуссии о возможности судебного правотворчества.

Я.Ф. Фархтдинов, поддерживая авторов, отрицающих наличие у разъяснений Пленума Верховного Суда характера источника права, заявлял, что по смыслу ст. 1 ГПК РСФСР (аналогичный смысл имеет и ст. 1 ГПК РФ) источниками гражданского процессуального права являются только Конституция и федеральные законы, а также международные договоры России по вопросам гражданского процесса [Фархтдинов Я.Ф., 2002: 279–280]. Такой подход формален, и даже буквальное прочтение ст. 1 ГПК РФ не позволяет сделать однозначный вывод о невозможности отнесения Постановлений ПВС к источникам гражданского процессуального права, так как в статье речь идет не о всей совокупности источников, а только о законодательстве о гражданском судопроизводстве. Также в статье отсутствует указание, что содержащийся в ней перечень является закрытым.

Еще один противник отнесения актов высших судебных органов к источникам (формам) права — В.В. Ершов, исходя из верного утверждения С.С. Алексева о том, что суд творит право не произвольно, а опираясь на Конституцию и закон, задается вопросом — творит ли суд при этом право, и отвечает отрицательно [Ершов В.В., 2018: 461]. Такой категорический вывод несколько поспешен. Бесспорно, нормативные правовые акты, первыми

из которых являются Конституция и закон, содержат нормы права. С другой стороны, право безусловно находит внешнее выражение в нормативных правовых актах, однако оно не сводимо исключительно к совокупности принципов и норм права [Ершов В.В., 2018: 376], тем более писанных и закрепленных в актах высшей юридической силы — Конституции и федеральных законах. Мы полагаем более убедительным и соответствующим правовой действительности взгляд на право как на сложную систему, включающую в себя не только принципы права и правовые нормы, но и, как отмечал Р. Давид, определенный понятийный фонд; систему, соединяющую нормы в определенные группы, использующую определенные способы создания и толкования норм, связанную с определенной концепцией социального строя [Давид Р., Жоффре-Спинози К., 1999: 19], а также правосознание.

М.Н. Марченко также полагает, что «ни один из видов правотворческой деятельности не обходится и не может обойтись без соответствующего воздействия на него правосознания как одного из видов общественного сознания, представляющего собой психическое отражение в сознании законодателя, правоприменителя, толкователя права и других лиц правовой действительности» [Марченко М.Н., 2008: 97]. Остается добавить, что не только правотворчество, но и правоприменение невозможно без влияния правосознания. Зачастую именно толкование права судами, его отражение в сознании судей определяет его лицо, определяет суть права, и изменение толкования влечет за собой изменения в правоприменении. Реальна ситуация, в которой смысл нормы и, следовательно, практика ее применения могут существенно отличаться при буквальном толковании и при аксиологическом толковании (толковании, при котором справедливость и неотъемлемые права человека являются приоритетом), либо целевом толковании (толковании, предполагающем выяснение истинных целей законодателя).

В.В. Молчанов, отрицая возможность отнесения судебной практики, в том числе Постановлений ПВС к источникам права, мотивирует свое утверждение тем, что суд только толкует содержание существующей правовой нормы, расширяя при применении аналогии закона сферу ее употребления, а при использовании аналогии права — устанавливая возможность реализации принципов осуществления правосудия в определенной правовой ситуации [Молчанов В.В., 2019: 47]; при этом он не выделяет особенности применения аналогии закона и аналогии права судами различных уровней.

В противовес этой позиции Г.А. Жилин обращает внимание на такие отличия и отмечает, что при помощи аналогии закона или права нижестоящие суды не создают правил общего поведения, которые рассчитаны на неоднократное применение в отношении неопределенного круга субъектов гражданского судопроизводства. Они действуют в условиях правовой ситуации, которую разрешают, руководствуясь законами, регулирующими сходные от-

ношения, либо закрепленными в законодательных актах принципами правосудия. Принятые в результате разрешения конкретных дел с помощью аналогии закона или права постановления Президиума Верховного Суда могут иметь прецедентное значение. Иной характер, по его мнению, имеют правовоположения судебной практики, содержащие правила преодоления пробелов в законодательном регулировании, которые сформулированы судебной практикой и санкционированы Верховным Судом в других исходящих от него документах (Постановлениях Пленума) в качестве ориентира для разрешения аналогичных типовых правовых ситуаций [Жилин Г.А., 2010: 576].

Под правовоположениями, по нашему мнению, следует понимать вырабатываемые в ходе юридической (судебной) практики устоявшиеся типовые решения по применению юридических норм, обязательные для последующей юридической практики в силу типичности правоприменительной ситуации, значимости сформулированных в процессе толкования и применения правил и авторитета правоприменительного органа, являющиеся неотъемлемой, составной частью судебной практики, которые в реальности приобретают черты вторичных юридических норм и с наличием которых связано приобретение судебной практикой статуса источника (формы) права [Марченко М.Н., 2008: 107–108], способного при отсутствии надлежащего законодательного регулирования приобрести значение первичного источника (формы) права.

Соответственно, толкование норм права, в том числе с использованием аналогии закона либо аналогии права, само по себе является не источником права, а методом, с помощью которого осуществляется судебное правотворчество. Результаты такого толкования, зафиксированные в Постановлениях ПВС, являющихся официальными, обязательными к руководству и подлежащими публикации документами и потому представляющими собой внешнюю форму выражения права, следует относить к источникам (формам) права. В таком случае с формально-юридической точки зрения в качестве источника права следует рассматривать не аналогию закона или права, а судебный акт, в котором содержатся соответствующие правовоположения.

Я.Ф. Фархдинов также уподоблял Постановления ПВС правовоположениям, однако расценивал их как промежуточный правовой феномен, не имеющий значения первичного источника права, а являющийся вспомогательным актом, способствующим правильному применению закона судом, как феномен, не тождественный правовым нормам полностью, но приближающийся к ним. Это сближает его позицию с позицией Е.В. Васьковского и позволяет говорить, что Я.Ф. Фархдинов максимально приблизился к восприятию и формулированию идеи о Постановлениях ПВС как вспомогательном источнике права [Фархдинов Я.Ф., 2002: 286–287].

Д.А. Туманов, справедливо отмечая, что в российской правовой системе официальное толкование играет весьма важную, а порой определяющую роль, приходит к выводу, что Постановления ПВС источником права не являются, а представляют собой авторитетно-эталонное правоприменение нормативных правовых актов [Туманов Д.А., 2006: 52–53]. На наш взгляд, можно говорить о правоприменительном характере судебных актов только в тех случаях, когда они вынесены при разрешении конкретных дел. Постановления ПВС, напротив, с данным процессом связаны весьма опосредованно. Они не возникают в ходе непосредственного рассмотрения тех или иных дел, а являются результатами обобщения высшим судом деятельности нижестоящих судебных органов, которые они сами после официального опубликования используют, но не как акты правоприменения, а, можно сказать, как акты, содержащие в себе авторитетно-эталонное правопонимание не только нормативных правовых актов, но права в целом, и являющиеся источниками (формами) последнего.

Теоретически верный взгляд на проблему выражает А.Т. Боннер, который, приведя в качестве примеров ряд Постановлений ПВС, отмечает, что поскольку ПВС, по существу, вводит новые или серьезно изменяет существующие правила и его разъяснения обязательны для судов, то говорить только о толковании законодательства здесь не приходится [Боннер А.Т., 2017: 11].

Рассмотрим еще один аргумент противников отнесения актов высших судебных органов к источникам (формам) права. Утверждается, что эти акты являются вторичными актами и поэтому не могут быть названы источниками (формами) права. Так, Я.Ф. Фархтдинов писал, что многократность применения Постановлений ПВС носит производный характер, поскольку зависит от продолжительности действия закона или отдельного его предписания, содержание которого разъясняется в Постановлении, и при прекращении действия нормативного правового акта завершается действие и Постановлений ПВС, разъяснявших порядок его применения [Фархтдинов Я.Ф., 2002: 287].

Однако следует задаться вопросом — нет ли среди юридических феноменов, бесспорно относящихся к источникам (формам) права, актов вторичных? Нам представляется, что такие феномены есть, и на самом различном уровне. В отечественной правовой системе указы Президента России и постановления Правительства России вторичны по отношению к федеральному законодательству, федеральные конституционные законы вторичны по отношению к Конституции. Так, исключение из Конституции ст. 127 сделало неизбежным изменение Федерального конституционного закона от 28.04.1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»<sup>13</sup> в части регулирования деятельности Высшего Арбитражного Суда Россий-

<sup>13</sup> СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1589.

ской Федерации, и даже если бы после внесения в Конституцию Российской Федерации изменений, исключивших Высший Арбитражный Суд из числа высших судебных органов, в этот закон не были своевременно внесены поправки, этот закон прекратил бы действие в данной части. Следовательно, признак вторичности не является принципиальным препятствием к отнесению того или иного правового феномена к числу источников (форм) права, хотя справедлива их классификация по данному признаку.

### **3. Примеры правотворчества в Постановлениях Пленума Верховного Суда в сфере гражданского судопроизводства**

Одним из наиболее явных, на наш взгляд, примеров создания Верховным Судом гражданских процессуальных норм является то, что после опубликования Постановления ПВС от 14.02.2000 №9 «О некоторых вопросах применения судами законодательства о воинской обязанности, военной службе и статусе военнослужащих»<sup>14</sup>, содержавшее совершенно новое толкование правил о подсудности дел военным судам, существенно изменилась их компетенция. Статья 25 ГПК РФ и пункт 1 ч. 1 ст. 7 Федерального конституционного закона от 23.06.1999 № 1-ФКЗ «О военных судах Российской Федерации»<sup>15</sup> относили к подсудности военных судов «гражданские и административные дела о защите нарушенных и (или) оспариваемых прав, свобод и охраняемых законом интересов военнослужащих Вооруженных Сил Российской Федерации, других войск, воинских формирований и органов (далее — военнослужащие), граждан, проходящих военные сборы, от действий (бездействия) органов военного управления, воинских должностных лиц и принятых ими решений». Такие дела возбуждались путем жалобы на неправомерные действия и рассматривались по правилам гл. 24.1. ГПК РСФСР как жалобы на действия государственных органов, общественных организаций и должностных лиц, нарушающие права и свободы граждан. Однако в этом Постановлении ПВС было дано такое толкование норм гражданского процессуального права о подсудности дел военным судам в совокупности с нормами законодательства о воинской обязанности, военной службе и статусе военнослужащих, которое позволило отнести к их подсудности дела по жалобам и искам лиц, уволенных с военной службы<sup>16</sup>, а также иски воинских частей о возмещении ущерба, причиненного им военнослужащими.

---

<sup>14</sup> Российская газета. 2000. № 39.

<sup>15</sup> Российская газета. 1999. № 120.

<sup>16</sup> Имелись в виду иски и жалобы бывших военнослужащих на действия (бездействие) органов военного управления, воинских должностных лиц и принятые ими решения, нарушившие

Можно ли в данном случае говорить, что суд не сотворил право? Утверждать, что не было создано новое нормативное предписание, а лишь расширена сфера применения уже существующей юридической нормы? Нам кажется, что нет. Текст указанных норм Закона от 23.06.1999 № 1-ФКЗ и ГПК РФ остался без изменений, но суды стали толковать и применять эти нормы иным образом, т.е. право, в данном случае гражданское процессуальное право, изменилось.

Другой не менее яркий пример правотворчества Верховного Суда в сфере гражданского судопроизводства — Постановление ПВС от 19.06.2012 №13 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции», согласно п. 37 и 38 которого суд апелляционной инстанции вправе отменить судебное постановление и направить дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции, если:

суд первой инстанции нарушил правила подсудности, а лицо, подавшее жалобу (представление), во-первых, заявляло об этом нарушении в суде первой инстанции, либо ввиду не привлечения к участию в деле или ненадлежащего уведомления о времени и месте судебного заседания было лишено возможности сделать такое заявление, во-вторых, указывает на это нарушение в апелляционной жалобе;

в результате нарушения правил подсудности, установленных пунктом 1 части 1 статьи 26 и частью 1 статьи 30 ГПК РФ, отсутствовала возможность собирать, исследовать и оценивать доказательства, соответственно содержащие сведения, составляющие государственную тайну, или находящиеся по месту расположения недвижимого имущества, что могло привести к вынесению судом неправильного по существу решения;

принятое судом первой инстанции в предварительном судебном заседании (абзац второй части 6 статьи 152 ГПК РФ) решение об отказе в удовлетворении иска (заявления) по причине пропуска срока исковой давности или пропуска установленного федеральным законом срока обращения в суд является незаконным и (или) необоснованным.

Таким образом, Верховный Российской Федерации при отсутствии в гражданском процессуальном законодательстве права суда апелляционной инстанции отменить судебное постановление и направить дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции разъяснил, что суд апелляционной инстанции все-таки вправе отменять обжалуемые решения и передавать

---

их права, свободы и охраняемые законом интересы в период прохождения ими военной службы, военных сборов (например, дела по искам и жалобам граждан, уволенных с военной службы, о восстановлении на военной службе, о взыскании не выплаченного денежного и иных видов довольствия, поскольку их права нарушены в период прохождения ими военной службы).

дело в суд первой инстанции для рассмотрения по существу в вышеуказанных ситуациях. В данном случае текст указанных норм ГПК РФ также остался без изменений. Закон до настоящего времени не дает судам апелляционной инстанции такого права, однако это правомочие на практике реализуется на основании упомянутого Постановления. Приведенные примеры наглядно показывают, что Верховный Суд России все-таки творит право, создает новые правовые нормы, и его постановления являются источником (формой) права.

Законны ли такие действия? Да, поскольку Суд действует в пределах своих полномочий, установленных ст. 126 Конституции Российской Федерации, п. 1 ч. 7 ст. 2 и п. 1 ч. 3 ст. 5 ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации», а возникновение в ходе их реализации новых норм является, по-видимому, процессом, обусловленным логикой развития отечественной правовой системы. Более того, законом предусмотрено существование процессуальных механизмов, обеспечивающих обязательность Постановлений ПВС — это кассационное и надзорное производства, а также пересмотр судебных постановлений по новым обстоятельствам. И наоборот, какие-либо специальные механизмы, позволяющие нижестоящим судам, а равно и иным участникам гражданского судопроизводства игнорировать такие постановления в своей деятельности или не соглашаться с ними, отсутствуют.

Еще один аргумент, обосновывающий позицию о необходимости отнесения Постановлений ПВС к источникам (формам) права, связан с тем, что такие постановления невозможно преодолеть или отменить с использованием процессуальных механизмов в рамках существующей судебной системы, возглавляемой Верховным Судом. Механизм контроля над судебным правотворчеством был практически найден в 2010 году, когда Конституционный Суд России принял Постановление от 21.01.2010 № 1-П «По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 АПК РФ в связи с жалобами ЗАО «Берег», ОАО «Карболит» и «Респиратор»». Предметом рассмотрения являлись положения п. 1 ст. 311 и ч. 1 ст. 312 АПК РФ в их истолковании, данном Пленумом Высшего Арбитражного Суда в Постановлении от 14.02.2008 №14. Этим Постановлением Суд, с одной стороны, фактически признал наличие у высших органов судебной власти правотворческих функций, поскольку оценивал проверяемую норму закона не в ее буквальном смысле, а в интерпретации, которую норме дана в Постановлении Пленума ВАС, а с другой, продемонстрировал возможность использования механизма конституционного контроля над законодательными актами и для проверки результатов судебного правотворчества на предмет соответствия Конституции, что является еще одним весомым аргументом для отнесения Постановлений ПВС к источникам (формам) права.

#### **4. Необходимость официального закрепления статуса Постановлений ПВС как источников отечественного гражданского процессуального права**

Рассматривая вопрос о необходимости официального включения Постановлений ПВС в число источников (форм) отечественного гражданского процессуального права с утилитарной, практической точки зрения, отметим, что пробелы в праве, неопределенность правовых норм, наличие двусмысленностей и неясностей — это черты, присущие даже самой стабильной законодательной системе в связи с тем, что ни один даже самый совершенный законодатель не может предусмотреть все возможные варианты развития общественных отношений и предугадать появление новых объектов правового регулирования. Отмеченные И.Ю. Богдановской такие свойства судебного прецедента, как его гибкость, способность «более детально урегулировать общественные отношения, в том числе перестраивать национальное право при взаимодействии с другими культурами, обеспечивают его активную роль» [Богдановская И.Ю., 2007: 213], также являются чертами, присущими Постановлениям ПВС. Именно Верховный Суд является органом, который на федеральном уровне первым сталкивается со спорными вопросами, порожденными эволюцией общественных отношений, за которыми законодательство, будучи системой статичной, в своем развитии не успевает. Данное положение вещей в сочетании с тем, что (как мы показали выше) правотворческая функция является неотъемлемой частью практики Верховного Суда, и тем обстоятельством, что фактически творимое им право уже в настоящее время фиксируется в Постановлениях ПВС, позволяет говорить о необходимости легализации их статуса как одного из видов источников (форм) гражданского процессуального права.

Однако такой вывод не вписывается в концепцию правового позитивизма (как бы ее не именовали авторы), отождествляющего право и закон и полагающего в качестве аксиомы, что нет права вне закона, тем более в рамки марксистской идеологии, понимающей право как возведенную в закон волю господствующего класса. Между тем, как указывает М.А. Фокина, в настоящее время «с теоретических позиций закон перестал быть единственным источником права» [Фокина М.А., 2005: 20–25]. Кроме того, невозможно получить полное представление об источниках гражданского процессуального права, используя исключительно формально-юридический подход.

Поэтому при изучении проблем источников (форм) права необходимо использовать и аксиологический (ценностный) подход к пониманию права, рассматривающий право сквозь призму гуманизма, как значимый для всего общества феномен, нацеленный на достижение справедливости и предпо-

лагающий восприятие явлений правовой действительности через человеческие ценности, через дух права. Используя указанный подход, к иному выводу, кроме вывода о признании за Постановлениями ПВС статуса источника (формы) права, прийти трудно, поскольку именно они выявляют этот дух, очерчивают контуры аксиологического поля отечественной правовой системы. И действительно, судья применяет право, руководствуясь не только буквальным содержанием текста нормативного правового акта, но и результатами его толкования, которые зависят от имеющихся у него навыков толкования и правоприменения, сформировавшихся под влиянием присущих тому или иному судье мировоззрению и правосознанию, включающим представления о справедливости, разумности, нравственности, целесообразности и пределах судебного усмотрения. Это дает право на существование таких выражений, как «закон — это то, что говорят о нем судьи». Именно Постановления ПВС как результат работы коллективного разума судебной системы, плод размышлений и труда наиболее подготовленных и квалифицированных судей по анализу и обобщению судебной практики на высшем уровне формируют правосознание и правопонимание судей, создают условия для обеспечения единообразия судебной практики, заполняют пробелы и пустоты в праве, устраняют неопределенность, неясность, двусмысленность права, в том числе путем сознания новых правовых норм, а, с другой стороны, являются надежным барьером, позволяющим избежать перерождения судейского усмотрения в произвол суда.

## **Заключение**

Постановления ПВС, не являясь ни актами законодательными, ни иными нормативными правовыми актами, ни судебными прецедентами, ни обычаем (судебным обычаем), представляют собой принятые высшей судебной инстанцией на основании предоставленных ей Конституцией и законами полномочий и основанные на высшем (в иерархическом понимании) уровне обобщения и анализа судебной практики разъяснения высшего судебного органа, имеющие руководящий, обязательный для всех судов общей юрисдикции и всех иных участников гражданских процессуальных правоотношений характер. Постановления ПВС — акты официального толкования права (далеко выходящие за рамки буквального толкования законодательства), которыми ПВС путем толкования права, выявления его смысла, исходя из духа права и закона, познаваемого сквозь призму общечеловеческих ценностей, с использованием в качестве методов толкования аналогии закона или аналогии права создает новые правила поведения для неопределенного круга лиц. Создаваемые ПВС правила разъясняют неясные положения нормативных

актов, конкретизируют оценочные понятия, устанавливают ограничительное или расширительное толкование, восполняют пробелы или устраняют противоречия в законодательстве и будучи закрепленными в официальном, подлежащем публикации документе, обязательны для неоднократного применения и исполнения.

Таким образом, имеется достаточно оснований для причисления Постановлений ПВС к источникам (формам) гражданского процессуального права. Хотя на сегодняшний день отсутствует эксплицитно-официальное (легальное) закрепление такого свойства Постановлений ПВС, их принципиальное значение для своевременного разъяснения процессуальных норм и практики их применения, а также соответствие признакам источника (формы) права позволяют положительно решить вопрос о признании за Постановлениями ПВС статуса источника гражданского процессуального права. Для устранения проблем в их применении в указанном качестве следует закрепить их фактический статус в процессуальном законе, так как это уже сделано, например, в Беларуси и Казахстане. Такое решение, кроме того, позволит вывести из тени и урегулировать такие проблемы, присущие судейскому праву, как определение моментов начала и окончания действия Постановлений ПВС во времени, возможность ретроспективного применения, возможность преодоления их силы иными органами, установление контроля над высшей судебной инстанцией в целях ограничения возможно произвола с ее стороны.



### **Библиография**

- Богдановская И.Ю. Источники права на современном этапе развития «общего права»: дис... д.ю.н. М., 2007. 338 с.
- Боннер А.Т. Избранные труды. Источники гражданского процессуального права. М.: Проспект, 2017. 349 с.
- Булаевский Б.А. Судебная практика как средство устранения неопределенности в гражданском праве / Гражданское законодательство и судебная практика: проблемы взаимодействия. М.: Проспект, 2017. 176 с.
- Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М.: Башмаков, 1914. 568 с.
- Вильнянский С.И. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды ВИЮН. 1947. Вып. 9. С. 239–290.
- Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. СПб.: Меркушев, 1913. 411 с.
- Грось Л.А. Влияние норм материального права на гражданское процессуальное право: дис... д.ю.н. М., 1999. 502 с.
- Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1999. 400 с.
- Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М.: РГУП, 2018. 628 с.

- Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам. М.: Проспект, 2010. 576 с.
- Жуйков В.М. (ред.) Комментарий к постановлениям Пленума Верховного Суда Российской Федерации по гражданским делам. М.: Норма, 2008. 832 с.
- Иванов А.А. Суды должны понимать истинную цель сделок // Время новостей. 2005. № 218. С. 6.
- Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. СПб.: Безобразов и Ко, 1875. 321 с.
- Клейнман А.Ф. Основные вопросы кодификации советского гражданского процессуального права // Социалистическая законность и задачи советской юридической науки. М.: МГУ, 1957. С. 18–20.
- Лебедев В.М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. СПб.: Лань, 2001. 383 с.
- Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М.: Проспект, 2008. 510 с.
- Молчанов В.В. (ред.) Источники гражданского процессуального права. Гражданский процесс. М.: Городец, 2019. С. 31–50.
- Нешатаева Т.Н. К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2000. № 5. С. 106–111.
- Соловьева Т.В. К вопросу об обязательном характере постановлений Пленума Верховного Суда РФ // Современное право. 2010. № 12. С. 96–99.
- Туманов Д.А. Юридическое толкование и пробелы в гражданском процессуальном праве // Право и политика. 2006. № 6. С. 80–87.
- Фархтдинов Я.Ф. Источники гражданского процессуального права Российской Федерации: дис... д.ю.н. Екатеринбург, 2002. 375 с.
- Фокина М.А. Роль судебной практики в совершенствовании доказывания по гражданским делам // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. № 4. С. 20–25.
- Черданцев А.Ф. Правовое регулирование и конкретизация права // Сборник научных трудов. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1974. С. 13–35.
- Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев: Маттисен, 1912. 632 с.
- Ярков В.В. О совершенствовании гражданско-процессуального законодательства // Государство и право. 1992. № 2. С. 150–153.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 2**

### **Resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation as a Source of Civil Procedural Law**



**Nikolai V. Samsonov**

Associate Professor, Department of Civil Procedural Law, Candidate of Juridical Sciences, Rostov Branch, Russian State University of Justice. Address: 66 Lenina Str., Rostov-on-Don 344038, Russian Federation. E-mail: nsamsonov@yandex.ru.

## Abstract

The article investigates role and significance of the Resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation in Russian law system. The author does not limit the investigation with the usage of only formal juridical approach and points out the necessity of moving away from legal positivism and the expediency of using axiological approach to the understanding of law while identifying the role of the PSC Resolutions in this system. The analysis of the Legislation on the Supreme Court, conducted in order to reveal the legal effect of the PSC Resolutions, illuminates that the generation of the provisions of law during the exercise of powers of the Supreme Court is an objective process caused by the logic of existence and development of Russian legal system. The generalized focus of the interpretation of law and the broad range of conclusions based upon it are named as the main distinguished features of the PSC Resolutions in comparison with judicial cases and other judicial acts. The article refutes the idea that the principle of the division of powers is an argument against the recognition of the judicial law-making, and the thesis is the clarification of the Plenum of the Supreme Court are not conductive and obligatory, underline the existence of effective procedural mechanism that assures the insistence of the PSC Resolutions. The article includes examples illustrating that currently the Supreme Court creates law, rectifies legislative lacunas, creates new legal norms, and its resolutions are actually the source (form) of civil procedural law. It is concluded that the Resolutions of the PSC are clarifications adopted by supreme judicial authority according to the constitutional and legislative empowerment, based upon the supreme (in the hierarchic meaning) level of generalization and the analysis of the judicial practice of the supreme judicial authority, with binding effects for all courts of general jurisdiction and other participants of civil procedural relations. With the help of these acts of official law interpretation, the PSC creates new conduction regulations for indefinite range of person by means of law interpretation and analyzing its meaning with the usage of analogy of law as a method of interpretation. The author also points out the necessity of legislative recognition of the Resolutions of the PSC as a source (form) of law in order to eliminate problems arising from its application.

## Keywords

civil procedural law; civil process; sources (forms) of law; Resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation; acts of senior judicial authorities; judicial practice; judicial law-making; law interpretation.

**For citation:** Samsonov N.V. (2019) Resolutions of the Plenum of the Supreme Court of Russia as a Source of Civil Procedural Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 139–162 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.139.162

## References

- Bogdanovskaya I.Yu. (2007) Contemporary Legal Sources of Common Law. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 338 p. (in Russian)
- Bonner A.T. (2017) *Selected Works. Sources of Civil Procedural Law*. Moscow: Prospekt, 349 p. (in Russian)
- Bulaevsky B.A. (2017) Judicial practice as a means of eliminating uncertainty in civil law. *Civil law and judicial practice: problems of interaction*. Moscow: Prospekt, 176 p. (in Russian)

- Cherdantsev A.F. (1974) Legal Regulation and Specification of Law. *Collection of works*. Issue 30. Sverdlovsk: Juridical Institute Press, pp. 13–35 (in Russian)
- David R., Zhoffre-Spinozi K. (1999) *Main Legal Systems of Our Time*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 400 p. (in Russian)
- Engelman I.E. (1912) *Course of Russian Civil Justice*. Yuryev: Mattisen, 632 p. (in Russian)
- Ershov V.V. (2018) *Legal and Individual Regulation of Public Relations*. Moscow: RGUP, 628 p. (in Russian)
- Farhtdinov Y.F. (2002) Sources of Civil Procedural Law of Russia [Doctor of Juridical Sciences Thesis]. Ekaterinburg, 375 p. (in Russian)
- Fokina M.A. (2005) The Role of Judicial Practice in the Improvement of Evidence in Civil Cases. *Arbitrazhniy grazhdanskiy protsess*, no 4, pp. 20–25.
- Golmsten A.H. (1913) *Textbook of Russian Civil Proceedings*. Saint Petersburg: Merkushev, 411 p. (in Russian)
- Gros L.A. (1999) The Impact of Substantive Law on Civil Procedural Law [Doctor of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 502 p. (in Russian)
- Iering R. (1875) *The Spirit of Roman Law*. Saint Petersburg: Bezobrazov, 321 p. (in Russian)
- Ivanov A.A. (2005) Courts Must Understand True Purpose of Transactions. *Vremya novostey*, no 218 (in Russian)
- Kleinman A.F. (1957) Codification of Soviet Civil Procedural Law. Socialist Legality and Tasks of Soviet Legal Science. Moscow: MGU Press, pp. 18–20 (in Russian)
- Lebedev V.M. (2001) *Judicial Power in Modern Russia: Formation and Development*. Saint Petersburg: Lan', 383 p. (in Russian)
- Marchenko M.N. (2008) *Judicial Lawmaking and Judicial Law*. Moscow: Prospekt, 510 p. (in Russian)
- Molchanov V.V. et al (2019) *Sources of Civil Procedural Law. Civil Process*. Moscow: Gorodets, pp. 31–50 (in Russian)
- Neshataeva T.N. (2000) On the Sources of Law, Precedent and Doctrine. *Vestnik Vysshiego Arbitrazhnogo Suda*, no 5, pp. 106–111 (in Russian)
- Solov'eva T.V. (2010) Mandatory Nature of the Plenum of the Supreme Court Decisions. *Sovremennoe pravo*, no 12, pp. 96–99 (in Russian)
- Tumanov D.A. (2006) Legal Interpretation and Gaps in Civil Procedural Law. *Pravo i politika*, no 6, pp. 80–87 (in Russian)
- Vaskovskiy E.V. (1914) *The Civil Process: a Textbook*. Moscow: Bashmakov, 568 p. (in Russian)
- Vilnyanskiy S.I. (1947) The Value of Judicial Practice in Civil Law. *Uchenye trudy VYUN*, no 9, pp. 239–290 (in Russian)
- Yarkov V.V. (1992) On Improving Civil Procedure Legislation. *Gosudarstvo I pravo*, no 2, pp. 150–153 (in Russian)
- Zhilin G.A. (2010) *Civil Justice: Current Issues*. Moscow: Prospekt, 576 p. (in Russian)
- Zhuykov V.M. et al (2008) *Comment to the Decisions of the Plenum of the Supreme Court Decisions on Civil Matters*. Moscow: Norma, 832 p. (in Russian)

# «Иностранный элемент» при пересмотре судебных постановлений по новым обстоятельствам: российское законодательство и судебная практика

---



## **Н.И. Марышева**

главный научный сотрудник отдела международного частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, заслуженный деятель науки Российской Федерации. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: pil@izak.ru



## **А.И. Щукин**

ведущий научный сотрудник отдела международного частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: pil@izak.ru

---



## **Аннотация**

Пересмотр дел по новым или вновь открывшимся обстоятельствам, как и проверка постановлений судов в порядке надзора является самостоятельной исключительной стадией судебного процесса. Ее исключительность обусловлена установлением в законе специальных оснований для отмены судебного постановления и порядка такого пересмотра. Анализ законодательства и практики российских судов, пересматривающих дела по новым обстоятельствам, имеющим иностранную характеристику, показывает значимость данной стадии процесса и для отношений, осложненных иностранным элементом. Поскольку в качестве нового обстоятельства в этих случаях может выступать иностранное судебное решение, в статье рассматриваются вопросы, связанные с действием иностранных судебных решений на территории России. Общая тенденция к расширению и упрощению признания иностранных судебных решений, очевидно, расширяет и возможность учета их в качестве новых обстоятельств при пересмотре судебных дел. Но это не должно означать снижения требований к соблюдению установленных в международном договоре и в законодательстве условий признания. Проверка судом в процессе пересмотра дела иностранного судебного решения, рассматриваемого в качестве нового обстоятельства, на предмет соблюдения установленных условий его признания необходима независимо от подачи заинтересованным лицом возражений против признания или просьбы о «подтверждении» действия решения в России. Специфика производства по пересмотру дел по новым обстоятельствам, приводящего к изменению действующего в России акта правосудия — постановления

российского суда на основании иностранного решения, требует особого подхода к оценке решения иностранного суда, рассматриваемого как новое обстоятельство. Пересмотр российскими судами по новым обстоятельствам гражданских дел, связанных с иностранным правом, должен способствовать надлежащему отправлению правосудия, вынесению справедливых судебных постановлений, защищающих права и интересы участников судебного процесса, независимо от их гражданства.

---

## **Ключевые слова**

новые обстоятельства, пересмотр судебных постановлений, иностранные государства, иностранное судебное решение, признание и исполнение решений судов иностранных государств, международный гражданский процесс.

---

---

Для цитирования: Марышева Н.И., Шукин А.И. Иностраный элемент при пересмотре судебных постановлений по новым обстоятельствам: российское законодательство и судебная практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 163–188.

УДК: 341.9

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.163.188

## **Введение**

Производство по пересмотру вступивших в законную силу постановлений судов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам<sup>1</sup>, направлено на восстановление справедливости посредством правосудия. Возможность отмены окончательного судебного решения по этим обстоятельствам вытекает из закрепленного в ст. 46 Конституции России права каждого на судебную защиту. Международный пакт о гражданских и политических правах (1966)<sup>2</sup>, исходя из материального содержания правосудия и приоритета прав человека, применительно к уголовным делам подчеркивает, что цель исправления судебных ошибок служит основанием для пересмотра окончательных постановлений судов, если какое-либо новое или вновь обнаруженное обстоятельство неоспоримо доказывает наличие судебной ошибки (п. 6 ст. 14).

Пересмотр дел по новым или вновь открывшимся обстоятельствам, как и проверка постановлений судов в порядке надзора является самостоятельной исключительной стадией судебного процесса. Ее исключительность обусловлена установлением в законе специальных оснований отмены судебного постановления и порядка такого пересмотра. Основаниями пересмотра являются отмена судебного акта арбитражного суда или суда общей юрисдикции

---

<sup>1</sup> В настоящей статье для обозначения производства по пересмотру судебных постановлений по новым или вновь открывшимся обстоятельствам используется термин «пересмотр дела».

<sup>2</sup> Ведомости Верховного Совета Союза ССР. 28.04.1976. № 17. Ст. 291.

либо постановления другого органа, послужившего основанием для принятия решения по данному делу (п. 1 ч. 4 ст. 392 ГПК, п. 1 ч. 3 ст. 311 АПК); признание вступившим в законную силу судебным актом суда общей юрисдикции или арбитражного суда недействительной сделки, повлекшей за собой принятие незаконного или необоснованного судебного постановления по данному делу (п. 2 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ, п. 2 ч. 3 ст. 311 АПК РФ); определение либо изменение в постановлении Пленума Верховного Суда России или в постановлении Президиума Верховного Суда практики применения правовой нормы, если в соответствующем акте Верховного Суда содержится указание на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства (п. 5 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ, п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ)<sup>3</sup>.

В современных условиях интенсивных и разнообразных связей между гражданами и организациями из разных стран, в том числе в области экономики, свободы передвижения данных лиц и открытого доступа иностранцев к правосудию российские суды, применяющие приведенные нормы, сталкиваются с проблемой оценки обстоятельств, так или иначе связанных с иностранным государством. Эта связь обычно выражается в наличии в правоотношении того или иного иностранного элемента.

Понятие иностранного элемента в гражданском правоотношении раскрывается в ст. 1186 ГК РФ — это участие в гражданско-правовых отношениях иностранных граждан или юридических лиц, нахождение за границей объекта гражданских прав либо иная связь с иностранным государством. В гражданском судопроизводстве иностранный элемент может проявиться, помимо участия в судебном процессе иностранных лиц, также в необходимости осуществлять действия, связанные с признанием и исполнением в России решений, вынесенных иностранными судами, учитывать некоторые другие особенности порядка рассмотрения судебных дел. В принципе, наличие в деле иностранного элемента не предполагает постановки вопроса о подлежащем применению процессуальном праве — закон предписывает ведение производства по делам с участием иностранных лиц в соответствии с нормами ГПК РФ (ч. 3 ст. 398) или АПК РФ (ч. 1 ст. 253 АПК РФ), если иное не предусмотрено международным договором<sup>4</sup>. Вместе с тем процессуальные кодексы,

<sup>3</sup> Рассмотрение в России в качестве нового обстоятельства постановлений Европейского Суда по правам человека, вытекающее из участия нашей страны в Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), предусмотрено в п. 4 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ и в п. 4 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, имеет специфику и остается за пределами настоящего исследования. Не рассматривается здесь также действие п. 3 и 6 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ и п. 3 и 6 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, прямо указывающих на российские органы и тем самым исключаящих связь конкретного обстоятельства с иностранным государством.

<sup>4</sup> В доктрине применение в данном случае российского закона (закона суда) объясняется обычно публично-правовым характером процессуальных норм и отнесением международного гражданского процесса к отрасли гражданского процессуального права. Однако есть и иная точка

учитывая особенности таких дел, формулируют и специальные нормы о порядке признания и исполнения иностранных судебных решений, признании документов, выданных иностранными властями, международной подсудности, вручении судебных документов и т.п. (разд. V ГПК РФ, разд. V АПК РФ).

Применение судами, пересматривающими дела по новым обстоятельствам, так или иначе связанным с иностранным государством, норм российского законодательства, как и соответствующих правил международных договоров РФ, в частности Минской конвенции (1993)<sup>5</sup>, Киевского соглашения (1992)<sup>6</sup> и двусторонних договоров о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, выдвигает ряд вопросов, не всегда однозначно решаемых на практике.

1. Следует ли при пересмотре дела учитывать новые обстоятельства, имеющие «иностранную окраску»? Является ли новым обстоятельством решение иностранного суда, которым прежнее решение, вынесенное в этом государстве и положенное в свое время в основу постановления российского суда, отменено или которым признана недействительной сделка, положенная в основу ранее вынесенного российским судом постановления?

Хотя иностранное судебное решение признается и исполняется на территории России лишь по вступлении его в законную силу, нельзя исключать его последующей отмены, в частности вышестоящим судом иностранного государства. Например, по одному из дел перед российским судом встал вопрос о судьбе принятого им постановления об исполнении на территории России приказа районного суда Киргизии, который после вступления в силу был в этом государстве отменен в установленном иностранным процессуальным законом порядке<sup>7</sup>.

Обычно суды отвечали на поставленные выше вопросы положительно. Так, решением Арбитражного суда Москвы с российской компании в пользу кипрской фирмы F. взыскана задолженность по договору займа. Суд исходил из того, что между кипрским предприятием W. (займодавцем) и российской компанией (заемщиком) заключен договор займа, по которому права заемщика в силу цессии перешли к фирме F. Российская компания свои обя-

---

зрения, согласно которой в современном международном гражданском процессе правило *lex processualis fori* следует расценивать как коллизионный принцип (генеральную коллизионную привязку) (см., напр.: [Гетьман-Павлова И.В., 2018: 90]).

<sup>5</sup> Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22.01.1993 // Бюллетень международных договоров. 1995. № 2. С. 3.

<sup>6</sup> Соглашение стран Содружества Независимых Государств «О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности» от 20.03.1992; ратифицировано постановлением Верховного Совета РФ от 9.10.1992 № 3620-1. // Ведомости СНГ и ВС РФ» N 44. Ст. 2472.

<sup>7</sup> См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 6.02.2015 по делу № 33-580.

зательства по возврату полученной суммы займа в срок и в порядке, предусмотренные договором, не исполнила. Впоследствии российская компания в соответствии с п. 2 ч. 3 ст. 311 АПК РФ обратилась с заявлением о пересмотре решения российского суда в связи с признанием судом Никосии (Кипр) недействительным договора цессии между кипрскими компаниями F. и W. Арбитражный суд Московского округа, рассматривая дело в порядке кассационного производства, счел доводы, изложенные в заявлении российской компании о пересмотре дела, заслуживающими внимания. Таким образом, решение кипрского суда было этим судом учтено<sup>8</sup>.

По другому делу Арбитражный суд Кемеровской области по заявлению французской компании привел в исполнение частичное решение Международного арбитражного суда (третейского суда) в Стамбуле, согласно которому было признано обоснованным, в частности, требование французской компании к российской и турецкой фирмам о расторжении договора купли-продажи ценных бумаг (акций) и удержании суммы первоначального платежа по данной сделке. Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа, проверив в порядке кассационного производства определение об исполнении решения международного арбитража, отменил его и оставил заявление французской компании без удовлетворения<sup>9</sup>. В обоснование этого в числе прочего было указано на отмену предъявленного к исполнению в России частичного решения международного арбитража (по просьбе российской фирмы) судом района Кадыкёй (Турция). Такая отмена компетентной властью страны, где было вынесено предъявленное к исполнению иностранное арбитражное решение, как отметила кассационная инстанция, по смыслу пп. «е» п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции (1958)<sup>10</sup>, служит основанием для отказа в признании и исполнении такого решения. В последующем французская компания на основании п. 1 ч. 3 ст. 311 АПК РФ просила Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа пересмотреть вынесенное им постановление в связи с отменой Апелляционным судом Турции упомянутого решения районного суда. Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа учел среди прочего данное обстоятельство и отменил свое постановление<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.10.2016 по делу № А40-174360/13-46-1538.

<sup>9</sup> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 5.12.2011 по делу № А27-781/2011.

<sup>10</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10.06.1958 (Конвенция ратифицирована Указом Президента Верховного Совета Союза ССР от 10.08.1960).

<sup>11</sup> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 27.09.2012 по делу № А27-781/2011.

В то же время суды занимали и иную позицию, согласно которой в ст. 392 ГПК РФ и ст. 311 АПК РФ речь идет о новых обстоятельствах, имеющих исключительно «внутреннюю окраску». То есть в качестве основания для пересмотра дела можно, по мнению судов, рассматривать признание сделки действительной лишь российским, а не иностранным судом, или же отмену только российским судом ранее принятого судебного постановления, положенного в основу решения по данному делу.

Так, в рамках одного из дел встал вопрос о пересмотре определения Арбитражного суда Москвы об оспаривании решения МКАС при ТПП Российской Федерации<sup>12</sup> в связи с признанием Высшим Хозяйственным Судом Республики Беларусь ничтожным договора займа, положенного в основу решения международного арбитража. Федеральный арбитражный суд Московского округа, поддержав отказ нижестоящего суда в пересмотре дела по названному обстоятельству, сослался на то, что решения иностранных судов в ст. 311 АПК РФ не значатся в качестве основания для пересмотра дела<sup>13</sup>.

По другому делу Федеральный арбитражный суда Северо-Западного округа не согласился с мнением нижестоящих судов о необходимости пересмотра определения об оставлении без рассмотрения заявления, принятого в связи с отсутствием у лица полномочий на его подписание, на основании решения суда сектора Рышкань (Молдова) о действительности доверенности, приложенной к заявлению в российский суд. Как указал суд кассационной инстанции, соответствующего решения российского арбитражного суда или суда общей юрисдикции не имеется<sup>14</sup>.

Ограничение возможности пересмотра дел только теми случаями, когда речь идет об обстоятельствах, имеющих «внутреннюю окраску», не соответствует смыслу закона и международным договорам РФ, предусматривающим взаимное признание и исполнение судебных решений. И нормы ГПК РФ (гл. 45), и правила АПК РФ (гл. 31) исходят из возможности признания (и исполнения) на территории РФ иностранных судебных решений. В случае признания решения иностранных судов приобретают такую же юридическую силу, что и постановления российских судов, приравниваются к решениям собственных судов (ст. 13 ГПК РФ, ст. 16 АПК РФ). На приравнивание признанных иностранных судебных решений к постановлениям собственных судов иногда прямо указывают и сами международные договоры. Так, действующая в России Конвенция с Италией о правовой помощи (1979)

---

<sup>12</sup> Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ.

<sup>13</sup> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 12.01.2007 № КГ-А40/11607-06.

<sup>14</sup> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 25.07.2011 по делу № А56-2081/2009.

устанавливает: решения, касающиеся признания отцовства, установления опеки, попечительства и усыновления, а равно их отмены, вынесенные компетентными учреждениями Союза ССР, и соответствующие решения, вынесенные в порядке добровольной юрисдикции итальянскими судами, имеют на территории государства, где они признаются, такую же юридическую силу, как и соответствующие решения, принятые компетентными органами данного государства (п. 2 и 3 ст. 19).

При игнорировании постановления иностранного суда об отмене ранее вынесенного в том же государстве решения нельзя, например, исключить явно нежелательную ситуацию, когда постановление российского суда о признании и разрешении исполнения в России иностранного судебного решения о взыскании периодических платежей, например, алиментов, будет продолжать действовать и взыскание с российского должника (ответчика) на основании выданного исполнительного листа будет осуществляться, несмотря на отмену за границей решения о взыскании денежных сумм. Следует в связи с этим обратить внимание на то, что согласно п. «а» ст. 55 Минской конвенции в запрашиваемом государстве не должно исполняться судебное решение, которое в соответствии с законодательством страны места вынесения не подлежит исполнению. Близко к этому регулирование в ст. 22 Конвенции о правовой помощи с Италией (1979), согласно которой решения, вынесенные в одном из договаривающихся государств, которые признаны на территории другого в соответствии с данной Конвенцией, подлежат исполнению на его территории, если они подлежат исполнению в государстве, в котором они были вынесены. Аналогичная норма включена в разработанный Гаагской конференцией по международному частному праву (2017) проект Конвенции по признанию и приведению в исполнение иностранных судебных решений. Согласно п. 3 ст. 4 проекта «судебное решение признается только тогда, когда оно имеет силу в государстве происхождения, и исполняется только если оно может быть исполнено в государстве происхождения».

Наконец, следует указать на новую норму ч. 8 ст. 411 ГПК РФ, исходящую из того, что российский суд, рассматривающий ходатайство об исполнении решения иностранного суда, учитывает в соответствии с международными договорами России и федеральными законами результаты его обжалования в иностранном государстве, то есть вынесенное на его территории последующее судебное постановление. Сходное правило содержит ч. 7 ст. 243 АПК РФ.

При рассмотрении вопроса о пределах действия судебного решения в правопорядке государства иного, чем государство его вынесения, в доктрине отмечается, что при признании иностранного судебного решения его действие не может выходить ни за пределы действия судебных актов признающего государства, ни за пределы, которые оно имеет в государстве происхождения [Ерпылева Н.Ю., 2015: 597–598]; [Зайцев Р.В., 2005: 14].

Учет при пересмотре дела по новым обстоятельствам иностранных судебных решений, которыми отменяются ранее принятые судами того же государства решения, признанные (или исполняемые) в России, отвечает принципу сотрудничества в области оказания правовой помощи по гражданским делам, свидетельствует о соблюдении данного принципа и является залогом такого же отношения к постановлениям российских судов со стороны судебных органов иностранных государств. На этой основе построено сотрудничество в области правосудия по гражданским делам и в Европейском союзе<sup>15</sup>. Принцип судебного сотрудничества и координации, основанный на благоразумии, взаимной вежливости, взаимном уважении судебной власти государств, не только гарантирует эффективность правосудия, успешное решение его главных задач, но и в определенной степени обеспечивает рациональное, экономичное использование процессуальных средств в достижении поставленных целей.

Таким образом, имеющие трансграничный эффект решения иностранных судов могут служить основанием для пересмотра дела по новым обстоятельствам в российском суде. Указания в процессуальном законе на «судебное постановление» или «судебный акт», содержащиеся в п. 1 и 2 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ и п. 1 и 2 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, следует, очевидно, распространять и на постановления судебных органов иностранных государств.

Что касается указания в п. 1 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ на «постановление государственного органа или органа местного самоуправления», а в п. 1 ч. 3 ст. 311 АПК РФ на «постановление иного органа», то при иностранной принадлежности этих органов принятые ими постановления, на наш взгляд, следует учитывать в качестве нового обстоятельства, если признание на территории России таких постановлений вытекает из международного договора России. Так, по п. 2 ст. 52 Минской конвенции признаются в другом государстве решения по опеке и попечительству, а также о расторжении брака, вынесенные «учреждениями, компетентными согласно законодательству страны, на территории которой вынесено решение». На признание не требующих по своему характеру исполнения решений органов опеки и попечительства, органов загсов и других учреждений по гражданским и семейным делам указывает ряд двусторонних договоров о правовой помощи: с Литвой (1992), Эстонией (1993), Индией (2000) и др. С нашей точки зрения, нет оснований для отказа в принятии подобных постановлений и в качестве нового обстоятельства при пересмотре дела.

2. Что считать основанием для пересмотра судебного постановления по новым обстоятельствам: решение иностранного суда о признании сделки

---

<sup>15</sup> См., напр.: пункт 23 преамбулы Регламента Европейского Союза «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» от 12.12.2012 № 1215/2012.

недействительной или данный юридический факт, установленный иностранным судом?

Пункт 2 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ и п. 2 ч. 3 ст. 311 АПК РФ указывают в числе новых обстоятельств на признание вступившим в законную силу судебным постановлением недействительной сделки, повлекшей за собой принятие незаконного или необоснованного судебного постановления по данному делу. Чаще суды рассматривают в качестве нового обстоятельства не факт недействительности сделки, а установление этого факта в рамках судебного разбирательства, подтверждение его судебным постановлением. Так, по одному из дел Арбитражный суд Московского округа, констатируя отсутствие оснований для непризнания решения кипрского суда о признании сделки недействительной, рассмотрел данное решение как новое обстоятельство<sup>16</sup>. В рамках процедуры признания (и исполнения) решение иностранного суда рассматривалось, таким образом, как акт суверенной государственной власти иностранного государства, подтверждающий субъективное право и обязанность (или их отсутствие) в форме предписания, приказа суда.

С другой стороны, в ряде случаев суды подходят к иностранному судебному акту с позиции оценки его как средства доказывания, подтверждающего существование нового обстоятельства — факта недействительности сделки. Судебное решение рассматривается как процессуальный документ, средство доказывания, формирующее у судьи представление о конкретном факте.

Так, Арбитражный суд Северо-Западного округа, сочтя, что решение Хозяйственного суда Киева не может рассматриваться как новое обстоятельство, указал: основанием для пересмотра в силу п. 2 ч. 3 ст. 311 АПК РФ выступает судебный акт, признанный судом в качестве допустимого доказательства с учетом всех предъявляемых к нему требований<sup>17</sup>. Использование в данном случае термина «доказательство» по отношению к решению суда, анализ его на предмет допустимости (ст. 68 АПК РФ) свидетельствуют о понимании данного акта в значении средства, демонстрирующего существование факта. В другом деле Арбитражный суд Москвы отметил: признание иностранным судом сделки недействительной свидетельствует о представлении нового доказательства, а поэтому данное обстоятельство может служить поводом для инстанционной проверки судебного решения, но не для его пересмотра в порядке гл. 37 АПК РФ<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.10.2016 по делу № А40-174360/13-46-1538.

<sup>17</sup> См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 9.09.2015 по делу № А56-28261/2005.

<sup>18</sup> См.: Определение Арбитражного суда Москвы от 22.06.2016 по делу № А40-174360/13-46-1538.

Едва ли иностранное решение применительно к пересмотру дела по новым обстоятельствам может оцениваться как средство доказывания, подтверждающее определенный юридический факт. В отношении признания недействительной оспоримой сделки судебное решение является по смыслу ст. 166 ГК РФ единственной и потому необходимой формой принудительного осуществления материально-правовой нормы и, соответственно, предпосылкой преобразования материального правоотношения, т.е. прекращения, изменения и возникновения гражданских прав и обязанностей. Оспоримая сделка считается действительной до тех пор, пока иное не будет установлено решением суда. В данном случае судебное решение является наиболее активным и существенным элементом юридического состава движения правоотношения.

Что касается признания недействительной ничтожной сделки, то согласно абзацу второму п. 3 ст. 166 ГК РФ оно является самостоятельным способом защиты гражданских прав. Предъявление исков о признании ничтожной сделки недействительной без заявления требования о применении последствий ее недействительности допустимо, если истец имеет законный интерес в признании такой сделки недействительной. В случае удовлетворения такого иска на недействительность ничтожной сделки указывается в решении суда. В данном случае, выражаясь словами О. А. Красавчикова, судебное решение ничего не прибавляет с фактической стороны к тому, что уже имеется, но дело здесь не в «прибавке». Судебное решение является юридической формой отношения государства в лице суда к конкретному отношению, регулируемому законом, его роль сводится к правоукрепляющему значению, действию [Красавчиков О.А., 1958: 135, 141-142].

Складывающаяся судебная практика исходит из того, что дело может быть пересмотрено на основании решения иностранного суда о признании недействительной ничтожной сделки. Так, по одному из дел Президиум Высшего Арбитражного Суда признал, что постановление российского суда по иску о присуждении может быть пересмотрено в соответствии со ст. 311 АПК РФ, поскольку иностранным судом принято решение о признании недействительной ничтожной сделки, на основании которой заявлялся такой иск<sup>19</sup>.

В пользу рассмотрения в качестве основания для пересмотра дела именно судебного постановления говорит трактовка в п. 2 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ «признания сделки недействительной» как акта, относящегося к содержанию принятого судом решения, отраженному в судебном постановлении, а также указание в данном пункте на необходимость вступления такого постановления в законную силу. Юридические факты, на основании которых суд пересматривает дело по новым обстоятельствам, должны носить прак-

---

<sup>19</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 8.10.2013 № 6004/13.

тически бесспорный характер, а для этого они должны быть подтверждены документами, не вызывающими сомнений в их достоверности, в данном случае — судебным решением. Этот подход должен относиться и к случаям учета в качестве нового обстоятельства иностранных судебных решений.

*3. Должен ли суд при оценке иностранного судебного решения в качестве нового обстоятельства учитывать решения судов любого иностранного государства? Какие иностранные решения подлежат в России признанию?*

По общему правилу, решения иностранных судов действуют и имеют обязательную силу только на территории государства места их вынесения. За пределами того государства, где они вынесены, судебные постановления, как правило, имеют правовые последствия, лишь если это допускается государством, на территории которого они должны быть признаны (и исполнены) [Briggs A., 2013: 138]; [O'Brien J., 1999: 261]; [Mayss A., 1999: 87]. На территории России признание и исполнение решений иностранных судов допускается, если это предусмотрено международным договором РФ, федеральным законом (ч. 5 ст. 13 ГПК РФ, ч. 4 ст. 16 АПК РФ). На это указано и в ч. 3 ст. 6 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе в Российской Федерации».

Среди международных договоров назовем Минскую конвенцию, ст. 51 которой предусматривает взаимное признание и исполнение судебных решений по гражданским и семейным делам, вынесенных в государствах — участниках Конвенции. При этом решения судов, не требующие по своему характеру исполнения (например, решения о расторжении брака, признании лица недееспособным), по ст. 52 Конвенции могут быть (при соблюдении облегченных условий признания) признаны без специального производства. Условия эти минимальны: отсутствие вступившего в законную силу решения суда запрашиваемого государства по тому же делу и отсутствие исключительной компетенции судов этого государства. По ст. 7 Киевского соглашения, взаимно признаются и исполняются «вступившие в законную силу решения компетентных судов» (имеются в виду решения по делам, вытекающим из договорных и иных гражданско-правовых отношений между хозяйствующими субъектами, из их отношений с государственными и иными органами). Решен вопрос о признании решений иностранных судов и в двусторонних договорах о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Аналогично с Минской конвенцией решают вопрос о признании судебных решений, например, ст. 53 и 54 Договора Союза ССР с Чехословакией (1982) о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, который в настоящее время действует в отношениях с Чехией и Словакией; ст. 51 и 52 договора Российской Федерации с Польшей о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам (1996). Но большинство договоров о правовой помощи не выделяют судебные решения по делам неимущих

Решения судов государств, с которыми у России нет международного договора, допускающего признание и исполнение иностранных судебных решений, согласно ст. 409 ГПК РФ и ст. 241 АПК РФ не подлежат признанию и исполнению в России. В то же время не требующие по своему характеру исполнения иностранные решения могут признаваться и при отсутствии международного договора, но только если признание таких решений допускается федеральным законом. В АПК РФ на это прямо указано в ч. 1 ст. 245.1<sup>21</sup>, в ГПК РФ — вытекает из ст. 415 этого Кодекса. Оба кодекса допускают признание не требующих исполнения иностранных решений и по другим, не упомянутым в них категориям дел, если это предусмотрено в иных федеральных законах.

Так, в ст. 415 ГПК РФ наряду с перечислением в ней отдельных категорий дел (касающихся личного статуса иностранцев, расторжения брака и некоторых других), по которым допускается признание и при отсутствии международного договора, также указано, что такое признание возможно и в других случаях, если это предусмотрено федеральным законом. Например, российский суд со ссылкой, в частности, на п. 3 ст. 160 Семейного кодекса (как на «иной федеральный закон»), признал действительным (имеющим юридическую силу) в России решение о расторжении брака, вынесенное судом Калифорнии (США)<sup>22</sup>. Есть и другие подобные решения<sup>23</sup>.

Из федеральных законов, к которым отсылает ст. 245.1 АПК РФ, укажем на Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», согласно которому решения судов иностранных государств по делам о банкротстве признаются на территории России на началах взаимности в отсутствие международного договора (п. 6 ст. 1). Сославшись на этот Закон, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа по одному из дел счел необидительным отказ российского суда в признании на территории России решения суда Франкфурта-на-Майне (ФРГ) по делу о банкротстве гражданина А.Х.<sup>24</sup>

Таким образом, из действующих правовых норм вытекает, что признанию (и исполнению) в нашей стране подлежат решения судов не всех ино-

---

ственного характера, устанавливая общие условия признания для решений как требующих, так и не требующих исполнения (договоры с Грецией (1981), Египтом (1997), Индией (2000), Китаем (1992), Мали (2000), Тунисом (1984), Эстонией (1993) и др.).

<sup>21</sup> Существовавший до недавнего времени пробел в АПК РФ восполнен Федеральным законом от 29.12.2015 № 409-ФЗ // Российская газета. N 297, 31.12.2015,

<sup>22</sup> См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 28.11.2013 по делу № 11-38765.

<sup>23</sup> См., напр.: Определение Верховного Суда РФ от 13.12.2005 № 21-Г05-7; Определение Камчатского краевого суда от 13.09.2011 по делу о признании решения суда Ашаффенбурга (ФРГ) о разводе.

<sup>24</sup> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 11.01.2008 по делу № А56-22667/2007.

странных государств, а лишь тех, международные договоры с которыми предусматривают взаимное признание и исполнение. Для ряда решений, не требующих исполнения, кроме этого — в случаях, предусмотренных федеральным законом. Этот подход должен, очевидно, действовать и применительно к пересмотру дел по новым обстоятельствам: в качестве нового обстоятельства должны учитываться иностранные судебные решения, подлежащие признанию в Российской Федерации.

4. Означает ли указание в законе или в международном договоре на признание иностранных судебных решений, не требующих по своему характеру исполнения, «без специального производства», что такие решения признаются автоматически, что по таким решениям не должно возбуждаться производство даже при наличии возражений против признания?

В отношении порядка признания решений иностранных судов действуют правила соответствующих международных договоров<sup>25</sup>. Если в международных договорах такой порядок не установлен, применяются правила внутреннего законодательства<sup>26</sup>. В России ч. 1 ст. 413 ГПК РФ устанавливает, что решения, не требующие принудительного исполнения, признаются без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступят возражения относительно этого. Об этом же говорится и в ч. 2 ст. 245.1 АПК РФ.

При наличии возражений вопрос о признании решений, не требующих исполнения, рассматривается в судебном порядке, установленном в ст. 413 ГПК РФ и 245.1 АПК РФ. Этот порядок применим ко всем решениям иностранных судов, не требующим по своему характеру («вследствие своего содержания») исполнения, в том числе к тем, признание которых предусмотрено ст. 415 ГПК РФ, Семейным кодексом РФ и другими федеральными законами. В этом смысле высказался и Верховный Суд применительно к решениям о расторжении брака, вынесенным в странах СНГ. В случае заявления возражений, указал Суд, признание производится в судебном порядке<sup>27</sup>.

Выглядит необоснованным рассмотрение правила ст. 415 ГПК РФ как нормы, устанавливающей для признания решений по перечисленным в ней

<sup>25</sup> Например, в Договоре России с Испанией о правовой помощи по гражданским делам (1998) указывается: решения признаются «без дополнительного разбирательства, если только они не оспариваются» (ст. 24). Согласно п. 1 ст. 51 Договора между Россией и Польшей о правовой помощи (1996), вступившие в законную силу решения по гражданским делам неимущественного характера подлежат признанию на территории другой без специального производства.

<sup>26</sup> Законодательство иностранных государств по-разному подходит к регулированию порядка признания не требующих исполнения судебных решений. Например, в Италии требуется принятие судом акта о признании решения иностранного суда, в других странах признание, как общее правило, не требует при отсутствии возражений судебной процедуры.

<sup>27</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 4. С. 29.

делам особый, «автоматический» порядок признания, не допускающий подачи возражений и рассмотрения таких возражений в судебной процедуре [Викут М.А., 2003: 757]; [Богуславский М.М., 2004: 532]; Литвинский Д.В., 2005: 166-167]; [Нечаев В.И., 2008: 899-900]. Хотя нельзя отрицать некоторую неопределенность редакции ст. 415 ГПК РФ, следует признать, что смысловая нагрузка упомянутой статьи — не установление особого режима признания, отличного от режима, установленного в ч. 1 ст. 413 этого Кодекса, а определение круга решений, признание которых допускается и при отсутствии с соответствующим государством международного договора относительно признания решений [Шакарян М.С., 2003: 671-674]. Введенная в 2015 г. в АПК РФ ст. 245.1 более определена: в ч. 1 этой статьи говорится о круге подлежащих признанию решений, не требующих принудительного исполнения, а в ч. 2 — об общем для всех не требующих исполнения решений порядке признания. Ни о каком «третьем режиме» признания АПК РФ не упоминает. Что касается судебной практики, то можно указать, например, на постановление российского суда, который рассмотрел возражения заинтересованного лица относительно признания на территории России решения суда Вильгельмсхафена (ФРГ) о расторжении брака<sup>28</sup>.

При оценке решения иностранного суда в качестве нового обстоятельства суды, очевидно, должны учитывать приведенные правила, относящиеся к порядку признания иностранных решений в России. Однако исключительность данной стадии судебного процесса, на наш взгляд, требует определенной «корректировки» в отношении принятия в качестве нового обстоятельства не требующих исполнения иностранных судебных решений, которые признаются в отсутствие возражений без специального производства.

По нашему мнению, при оценке иностранного решения, не требующего исполнения, в качестве нового обстоятельства «автоматического» признания недостаточно. Суд должен убедиться в том, что решение иностранного суда отвечает установленным в международном договоре или законе условиям признания (см. подробнее далее). В этом смысле примечательно решение одного из российских судов по делу о пересмотре судебного акта на основании решения молдавского суда. Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа по этому делу указал: решение Суда сектора Рышкань (Молдова), представленное в качестве основания для пересмотра дела, не может признаваться российским арбитражным судом автоматически, процедура признания такого решения должна подчиняться правилам гл. 31 АПК РФ о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> См.: Определение Верховного Суда РФ от 13.12.2005 № 21-Г05-7.

<sup>29</sup> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 25.07.2011 по делу № А56-2081/2009.

5. Исключено ли рассмотрение в судебном порядке вопроса о признании решения иностранного суда, не требующего исполнения, если возражения против признания отсутствуют, но заинтересованным лицом подано заявление с просьбой о «подтверждении» признания?

В большинстве случаев суды считают, что в отсутствие возражений против признания иностранного решения, не требующего исполнения, это решение не подлежит проверке в рамках судебной процедуры. В Обзоре судебной практики Верховного Суда России за третий квартал 2004 г. указано: если заинтересованные лица возражений не заявляют, то признание производится во внесудебном порядке<sup>30</sup>.

По одному из дел российский суд отказал гражданину К.Ф. в принятии заявления о признании на территории России решения суда города Меттманна (ФРГ) об оспаривании отцовства несовершеннолетнего ребенка К.С. Отказ был мотивирован: иностранное решение по своему характеру не требует принудительного исполнения, так как не устанавливает обязанности сторон совершить определенные действия или воздержаться от их совершения; возражения заинтересованного лица относительно признания данного решения не поступали, следовательно, заявление о его признании не подлежит рассмотрению в порядке гражданского судопроизводства<sup>31</sup>.

Вместе с тем анализ судебной практики показывает, что иногда заявитель имеет юридический интерес в «подтверждении» признания иностранного решения в судебном порядке. Например, по одному из дел расторгнутый в свое время решением суда Вильгельмсхафена брак между супругами спустя два года был расторгнут и в России мировым судьей Баксана. Оказалось, что по одному и тому же вопросу на российской территории, по сути, действуют два судебных акта<sup>32</sup>. На первый взгляд, такая ситуация не нарушала чьих-либо прав или законных интересов. Однако имущественные права одного из бывших супругов могли быть существенным образом ущемлены, например, в случае раздела недвижимого имущества, которое им приобретено в России в период с момента расторжения брака иностранным судом и до принятия решения по тому же вопросу российским судом. Распространяется ли на данное имущество режим совместной собственности? Не исключена спорная ситуация и при отчуждении имущества в пользу третьей стороны, поскольку неясно, нужно ли согласие второго супруга. Проведение по данному делу судебной процедуры, возможно, значительно упростило бы решение указанных проблем и исключило бы вынесение второго судебного акта по тождественному спору.

<sup>30</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 4. С. 29.

<sup>31</sup> См.: Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 24.08.2016 по делу № 11-94/2016.

<sup>32</sup> См.: Определение Верховного Суда РФ от 13.12.2005 № 21-Г05-7.

Следует также иметь в виду, что в распоряжении российского суда не всегда имеется информация об иностранном решении. Например, по одному из дел мировой судья принял решение о расторжении брака между А. и Б. и не прекратил его, скорее всего, потому, что не имел сведений относительно вступившего в законную силу решения суда Калифорнии о расторжении брака между теми же лицами. И только районный суд Москвы, зная о таком иностранном решении, прекратил производство по данному спору<sup>33</sup>.

Судебная процедура, основанная на принципе гласности, открытости, позволяет довести ее результат (подтверждение признания решения иностранного суда на территории России, т.е. наличия юридических последствий таких же, как и у вступившего в законную силу решения российского суда) до сведения широкого круга лиц<sup>34</sup>. Тем самым «официальное подтверждение» иностранного решения в ряде случаев может служить руководящим указанием для дальнейшего поведения сторон и всех государственных органов и должностных лиц.

Процедура «подтверждения» признания решений иностранных судов защищает не только интерес участников конкретных отношений, но и решает задачу охраны российского правопорядка. Очевидно, из этих соображений исходил по одному из дел Федеральный арбитражный суд Московского округа, который счел необоснованным отказ Арбитражного суда Москвы в признании решения Специализированного финансового суда Алматы о введении реструктуризации казахского банка в соответствии с законодательством Казахстана о несостоятельности. По мнению суда кассационной инстанции, несмотря на отсутствие возражений против признания иностранного решения, «подтверждение» его признания по просьбе арбитражного управляющего иностранным банком имеет своей целью обеспечение интересов кредиторов на территории России<sup>35</sup>.

Надо признать, что из рассмотренных выше правил российского законодательства не вытекает обязанность суда рассматривать в специальной процедуре вопрос о признании не требующего исполнения иностранного судебного решения, если отсутствуют возражения заинтересованного лица. Закон прямо говорит о рассмотрении в суде «возражений» против признания. Однако при наличии установленного юридического интереса в «подтверждении» признания едва ли правильно лишать заинтересованное лицо

---

<sup>33</sup> См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 28.11.2013 по делу № 11-38765.

<sup>34</sup> В литературе справедливо обосновывается предложение о расширении сферы применения такого способа защиты гражданских прав, как обнародование решения суда о допущенном нарушении [Малеина М.Н., 2012: 17–26].

<sup>35</sup> См., напр.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 24.06.2010 по делу № А40-24334/10-25-170.

права получить от суда, проверившего соблюдение необходимых условий признания, «подтверждение» признания иностранного решения в России. Не зря суды нередко затребуют от заинтересованного лица постановление российского суда о признании иностранного решения, на основании которого ставится вопрос о пересмотре дела<sup>36</sup>.

Отказ в судебном рассмотрении заявления о признании («подтверждении») иностранного судебного решения можно, однако, считать оправданным, если российский суд установит злоупотребление лицом при подаче заявления своими процессуальными правами, недобросовестное пользование ими. По общему правилу добросовестность участников гражданских правоотношений (п. 5 ст. 10 ГК РФ) и судебного разбирательства (ч. 1 ст. 35 ГПК РФ, ч. 2 ст. 41 АПК РФ), разумность их действий предполагается, пока не доказано иное. Данная презумпция должна реализовываться на практике.

Таким образом, согласно действующему законодательству судебная процедура с проверкой соблюдения необходимых условий признания иностранного решения требуется при наличии возражений против признания. Однако, по смыслу закона, законодатель едва ли имел в виду запрещение проводить судебную процедуру для подтверждения соблюдения условий признания по заявлению заинтересованного лица, имеющего юридический интерес в «подтверждении» признания иностранного решения на территории России. Вопрос не бесспорен и нуждается в разъяснении Верховного Суда России.

6. Должен ли российский суд при пересмотре дела на основании решения иностранного суда проверять последнее с точки зрения соответствия необходимым условиям признания?

Минская конвенция предусматривает признание и исполнение вынесенных на территории другого государства судебных решений на условиях, предусмотренных Конвенцией (ст. 51, 55). Не требующие исполнения иностранные решения по некоторым гражданским и семейным делам взаимно признаются, если выполнены лишь два условия. Первое из них, как уже отмечалось, предполагает отсутствие ранее вынесенного судом страны места признания решения по этому делу; второе заключается в том, что дело не должно относиться к исключительной компетенции учреждения места признания (ст. 52). Предусматривает признание и исполнение иностранных судебных решений при соблюдении определенных условий и Киевское соглашение. Двусторонние договоры России о правовой помощи также формулируют специальные облегченные условия признания для некоторых иностранных судебных решений, не требующих исполнения, например, решений о расторжении брака. По смыслу международных договоров России

<sup>36</sup> См., напр.: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 9.09.2015 по делу № А56-28261/2005.

при несоблюдении перечисленных в них условий в признании и исполнении иностранного решения должно быть отказано.

В российском законодательстве условия признания и исполнения иностранных судебных решений сформулированы в ГПК РФ (ст. 412, 414) и АПК РФ (ст. 244, 245.1).

Специфика производства по пересмотру дел по новым обстоятельствам, приводящего к изменению действующего в России акта правосудия — постановления российского суда на основании иностранного решения — требует особого подхода к оценке решения иностранного суда, рассматриваемого как новое обстоятельство. В этом производстве суд не может учитывать решение иностранного суда в качестве нового обстоятельства и пересматривать решение российского суда, не убедившись в том, что иностранное решение отвечает установленным в России условиям признания иностранных судебных решений. Принятия презумпции соответствия иностранного решения установленным условиям признания, из которой, очевидно, исходит законодатель, предусматривая признание без специальной судебной процедуры, в данном случае недостаточно. Поэтому проверка судом рассматриваемого им в качестве нового обстоятельства судебного решения на предмет соблюдения установленных условий признания необходима, независимо от возражений заинтересованного лица против признания и даже от просьбы о «подтверждении» действия решения в России<sup>37</sup>.

Необходимость проверки соблюдения условий признания решения иностранного суда в рамках гражданских процессуальных отношений имеет определенное нормативное обоснование: согласно закону арбитражный суд отказывает в принятии искового заявления или прекращает по нему производство, если имеется вступившее в законную силу решение иностранного суда по тождественному иску и отсутствуют основания для его непризнания на территории России (подп. 2 ч. 1 ст. 127.1, ч. 2 ст. 252 АПК РФ). Из этого следует, очевидно, исходить и при применении положений п. 2 ч. 1 ст. 134 и ч. 1 ст. 406 ГПК РФ.

В поддержку высказанной позиции можно привести также следующий пример. Районный суд Брянской области, сочтя, что исковое заявление поступило от недееспособного гражданина П., оставил его без рассмотрения по существу (абзац 3 ст. 222 ГПК РФ). Свое решение суд обосновал вступившим в законную силу решением районного суда Гомельской области (Беларусь) о признании гражданина П. недееспособным. Однако Брянский областной

---

<sup>37</sup> На необходимость проверки судьей признающего государства условий (предпосылок) признания иностранных решений в силу занимаемой должности (*ex officio*), а не только на основании заявления, указывал Х. Шак применительно к европейским странам. По мнению Х. Шака, «заинтересованность государства в проверке публичного порядка, судебной власти или обеспечения взаимности очевидна» [Шак Х., 2001: 429].

суд, рассмотрев частную жалобу П., не согласился с районным судом. Он исходил из того, что на момент вынесения решения судом иностранного государства Н. являлся гражданином России и положения ст. 24 Минской конвенции<sup>38</sup> этим судом не были соблюдены. Из предъявленных областному суду документов следовало, что органы внутренних дел Беларуси отменили решение о приобретении Н. гражданства данного государства в связи с представлением им заведомо ложных сведений (Н. не сообщил, что является гражданином России)<sup>39</sup>. В данном случае иностранное судебное решение о признании российского гражданина недееспособным затронуло исключительную компетенцию российских судов и, соответственно, в силу подп. «б» п. 1 ст. 52 Минской конвенции не отвечало одному из условий признания на территории России. Поэтому такое решение не могло служить основанием для оставления российским судом иска без рассмотрения.

Таким образом, действие и последствия не требующего исполнения решения иностранного суда, выступающего в качестве нового обстоятельства по делу, зависят от того, отвечает ли оно установленным условиям признания на российской территории. Если иностранное решение влечет за собой правовые последствия не только в области материальных прав, но и в сфере гражданского судопроизводства, выступает наряду с иными юридическими фактами необходимой предпосылкой для новых процессуальных отношений<sup>40</sup>, оно должно получить оценку российского суда на предмет его соответствия установленным условиям признания на российской территории. В данном случае, по нашему мнению, нельзя ограничиваться применением презумпции соответствия такого решения установленным условиям признания.

Если решение иностранного суда не отвечает установленным условиям признания на территории России, российский суд вправе отказать в удовлетворении заявления о пересмотре судебного постановления, основанного на таком решении. Это соответствует требованиям п. 2 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ, п. 2 ч. 3 ст. 311 АПК РФ.

7. В рамках какой судебной процедуры следует проверять условия признания решения иностранного суда, выступающего в качестве нового обстоятельства: в рамках рассмотрения заявления о пересмотре дела или в рамках отдельной, специальной процедуры признания такого решения по правилам гл. 45 ГПК РФ, гл. 31 АПК РФ?

<sup>38</sup> Согласно п. 1 ст. 24 Минской конвенции (1993), по делам о признании лица ограниченно дееспособным или недееспособным как правило компетентен суд государства, гражданином которого является это лицо.

<sup>39</sup> См.: Апелляционное определение Брянского областного суда от 31.01.2017 по делу № 2-5351/2016.

<sup>40</sup> О значении судебного решения для гражданских процессуальных отношений см.: [Зейдер Н.Б., 1955: 19, 22].

В практике сложились два подхода. Первый заключается в том, что российский суд, рассматривая заявление о пересмотре дела в связи с решением иностранного суда, в рамках этой же процедуры проверяет условия его признания на территории России; для этого возбуждения отдельного производства признания иностранного решения (выдачи экзекватуры) не требуется<sup>41</sup>. Если установлено, что решение не отвечает предъявляемым требованиям, оно не может рассматриваться как новое обстоятельство. Например, по одному из дел Тринадцатый арбитражный апелляционный суд указал: ввиду отказа Хозяйственным судом Киева в привлечении к участию в разбирательстве американской компании, имеющей в этом интерес (она являлась стороной оспоренной в иностранном суде сделки), лишения ее возможности заявить свои возражения по делу, решение этого иностранного суда не подлежит признанию в РФ и учету в качестве нового обстоятельства применительно к положениям гл. 37 АПК РФ<sup>42</sup>.

В литературе (применительно к производству по исполнению решения международного арбитража (третейского суда), которое отменено государственным судом места его принятия), высказано мнение, что «вопрос о выдаче экзекватуры на арбитражное решение должен решаться одновременно с вопросом о признании судебного акта, отменившего данное арбитражное решение. Вопрос о признании обоих актов должен быть рассмотрен в рамках одного процесса» [Гольский Д. Г., 2017: 10].

Другая позиция сводится к тому, что решение иностранного суда может служить основанием для пересмотра дела, только если оно предварительно «подтверждено» в рамках отдельной судебной процедуры признания (выдачи экзекватуры). В отсутствие вынесенного в рамках этой процедуры постановления российского суда о признании иностранного решения, последнее не может выступать в качестве нового обстоятельства. Так, российский арбитражный суд указал: решение Никосийского окружного суда (Кипр) о признании сделки недействительной без соблюдения специальной процедуры признания на территории России не может являться основанием для пересмотра решения российского суда в порядке ст. 311 АПК РФ<sup>43</sup>.

Истоки подобной позиции можно усмотреть в сформировавшейся ранее практике по общему вопросу о значении решения иностранного суда для правильного разрешения материально-правового спора по существу. Так, по

---

<sup>41</sup> См., напр.: Апелляционное определение Московского городского суда от 10.12.2015 по делу № 33-42856/2015.

<sup>42</sup> См.: Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.04.2015 по делу № А56-28261/2005.

<sup>43</sup> См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.10.2016 по делу № А40-174360/13-46-1538.

одному из дел российский арбитражный суд отказал в иске российской компании к украинской фирме о применении последствий недействительности контракта купли-продажи в виде взыскания денежных средств, уплаченных за самолет. При этом российский суд сослался на постановление Высшего арбитражного суда Украины, согласно которому собственником самолета является украинская фирма, а договоры, заключенные в отношении этого имущества, в том числе и договор о его продаже российской компании, являются недействительными. Между тем, было указано в Информационном письме Президиума ВАС РФ, где приводилось это дело, российский суд не учел, что в отношении решения украинского суда не была возбуждена процедура признания и приведения в исполнение на территории России<sup>44</sup>.

Едва ли можно поддержать последнюю позицию. Из действующего российского процессуального законодательства прямо не вытекает, что процедура признания и исполнения решения иностранного суда является «предварительным этапом» для возбуждения производства по иску, основанному, в частности, на таком решении. Если же иностранное решение не предполагает совершения исполнительных действий на российской территории, оно, как было отмечено выше, в силу общего правила признается в России без какого-либо дальнейшего производства, т.е. вообще не требуется судебной процедуры «подтверждения» такого решения (ч. 1 ст. 413 ГПК РФ, ч. 2 ст. 245.1 АПК РФ).

Если придерживаться выраженной в указанном Информационном письме позиции, то для того, чтобы применить, например, нормы ст. 127.1 и ст. 252 АПК РФ и, соответственно, отказать в принятии иска или прекратить производство по делу ввиду вынесения иностранным судом решения по тождественному спору, необходимо иметь постановление российского суда, которым иностранное решение уже было признано в рамках отдельного производства. Однако это не вытекает из названных статей АПК РФ, по которым отдельного судебного акта не требуется, достаточно того, что российский суд в данном искомом производстве сочтет, что иностранное решение по тождественному спору соответствует предъявляемым условиям признания на территории России.

Возложение на заинтересованную сторону обязанности заранее пройти судебную процедуру признания (и исполнения) иностранного решения только для того, чтобы в последующем на него можно было сослаться в любом другом производстве, в том числе при пересмотре дела, едва ли отвечает принципу экономии в использовании средств судебной защиты, тре-

<sup>44</sup> См.: пункт 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов».

бованию эффективности и разумного срока судопроизводства. Это может даже создать путаницу в применении процессуальных норм и выборе линии защиты. Например, по делу № А56-28261/2005 украинское предприятие (ответчик) просило российский арбитражный суд пересмотреть вынесенное им решение по иску американской фирмы о взыскании задолженности по договору. Предприятие сослалось на решение Хозяйственного суда Киева, которым соглашение к договору, определяющее компетенцию российского суда разрешать вытекающие из него споры, признано недействительным. Ввиду этого возникший спор, как полагало предприятие, подлежал рассмотрению не российским судом, а иным юрисдикционным органом. Однако российский суд отказал в пересмотре дела, указав, что решение иностранного суда не отвечает одному из условий признания на территории России и специальная процедура его признания не была соблюдена<sup>45</sup>.

С учетом этих выводов украинское предприятие инициировало возбуждение другого дела № А56-20969/2016, в рамках которого уже просило признать решение украинского суда в целях пересмотра на его основании постановления российского суда по предыдущему делу. Между тем Арбитражный суд Северо-Западного округа, соглашаясь по данному делу с отказом нижестоящего суда в признании решения украинского суда, сослался на постановление суда апелляционной инстанции, вынесенное по первому делу № А56-28261/2005, где изначально было установлено основание для непризнания иностранного решения<sup>46</sup>.

Очевидно, что один и тот же вопрос о юридической силе решения иностранного суда на территории России, возникший лишь применительно к пересмотру постановления российского суда по новым обстоятельствам, рассматривался в приведенном случае дважды, но в разных судебных производствах.

В целях процессуальной экономии можно было бы воспользоваться закрепленным в ст. 160 АПК РФ механизмом рассмотрения дел в отдельных заседаниях суда: если в удовлетворении первого требования отказано, второе требование суд может не рассматривать. Поскольку пересмотр постановления российского суда на основании иностранного судебного решения связан с соблюдением условий признания иностранного решения на территории России, полагаем, что оба этих вопроса можно рассмотреть в отдельных судебных заседаниях. Если по результатам рассмотрения вопроса о признании иностранного решения российский суд сочтет, что имеются основания для отказа в признании, второй вопрос — о пересмотре дела —

---

<sup>45</sup> См.: Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.04.2015 и Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 9.09.2015 по делу № А56-28261/2005.

<sup>46</sup> См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 19.09.2017 по делу № А56-20969/2016.

уже не рассматривается. Если же иностранное решение отвечает условиям признания, российский суд сразу же или после перерыва проводит второе судебное заседание и в нем рассматривает вопрос о пересмотре дела (ч. 2 и 3 ст. 160 АПК РФ). По аналогии данный институт может применяться и в гражданском процессе. Это позволит избежать неоправданного использования временных, финансовых и кадровых ресурсов органов судебной власти и участников возникших правоотношений. В то же время заинтересованное лицо, конечно, не должно лишаться права до возбуждения производства по пересмотру дела воспользоваться возможностью подачи возражений против признания решения иностранного суда в общем порядке, предусмотренном ст. 413 ГПК РФ и ст. 245.1 АПК РФ.

Нельзя не сказать и о слабой стороне концепции одновременного рассмотрения в одном судебном процессе вопроса «подтверждения» признания иностранного решения, рассматриваемого в качестве нового обстоятельства, и пересмотра на его основании дела. Она состоит в том, что в этом случае не всегда может совпадать родовая подсудность и подведомственность дела. В настоящее время и российские суды общей юрисдикции, и арбитражные суды компетентны рассматривать дела о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений. Разделение их компетенции по данным делам зависит от характера спора, решение по которому требует признания и исполнения. Из ст. 409 ГПК РФ следует, что под решениями иностранных судов, вопрос о признании и исполнении которых рассматривают суды общей юрисдикции, понимаются решения по гражданским делам, за исключением дел по экономическим спорам и других дел, связанных с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности. По таким спорам иностранные судебные решения признаются и исполняются российскими арбитражными судами.

Например, районный суд Москвы в рамках одного судебного процесса «подтвердил» решение Восточно-Карибского Верховного суда (Британские Виргинские острова) (по этому решению по иску латвийского банка признана недействительной ликвидация иностранной компании R., и последняя восстановлена в реестре с записью «в процессе ликвидации») и пересмотрел свое решение по новым обстоятельствам на основании этого решения<sup>47</sup>. Однако рассмотрение вопроса о признании такого иностранного решения (как вынесенного по спору, возникшему из экономической деятельности) в рамках самостоятельного производства отнесено к компетенции судов не общей юрисдикции, а арбитражных судов (ст. 32 АПК РФ).

Позиция Верховного Суда России по этому вопросу внесла бы ясность в правоприменительную практику.

<sup>47</sup> См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 10.04.2015 по делу № 33-11477.

## Заключение

Анализ российского законодательства и обширной практики российских судов, пересматривающих дела по новым обстоятельствам, имеющим ту или иную иностранную характеристику, показывает значимость этой стадии процесса и для отношений, осложненных иностранным элементом. Отмечаемая общая тенденция к расширению и упрощению признания иностранных судебных решений, очевидно, расширяет и возможности учета их в качестве новых обстоятельств при пересмотре судебных дел. Но это не должно означать снижения требований, предъявляемых к соблюдению установленных в международном договоре и в законодательстве условий признания иностранных судебных решений при оценке последних в качестве новых обстоятельств. Пересмотр российскими судами гражданских дел, так или иначе связанных с иностранным правом, должен способствовать надлежащему отправлению правосудия, вынесению справедливых судебных постановлений, защищающих права и интересы участников судебного процесса, независимо от их гражданства.



## Библиография

- Богуславский М.М. Международное частное право. М.: Юрист, 2004. 604 с.
- Викут М.А. (ред.). Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации. М.: Тон-Дэкстро, 2003. 864 с.
- Гетьман-Павлова И.В. Процессуальные коллизионные нормы в международном частном праве и международном гражданском процессе // Журнал российского права. 2018. N 3. С. 84–96.
- Гольский Д.Г. Признание и приведение в исполнение арбитражных решений, отмененных судом места их вынесения: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2017. 24 с.
- Ерпылева Н.Ю. Международное частное право. М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2015. 654 с.
- Зайцев Р.В. Понятие признания и приведения в исполнение иностранных судебных актов: автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2005. 26 с.
- Зейдер Н.Б. Судебное решение в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 1955. 31 с.
- Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958. 183 с.
- Литвинский Д.В. Признание иностранных судебных решений по гражданским делам (сравнительно-правовой анализ французского законодательства, судебной практики и юридической доктрины). СПб.: Изд. С.-Петербург. ун-та, 2005. 952 с.
- Нечаев В.И. (ред.). Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации. М.: Норма, 2008. 974 с.
- Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М.: БЕК, 2001. 560 с.

Шакарян М.С. (ред.) Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации. М.: Проспект, 2003. 736 с.

Briggs A. Conflict of Laws. Oxford: Oxford University Press, 2013. 393 p.

Mayss A. Principles of Conflict of Laws. London: Cavendish, 1999. 464 p.

O'Brien J. Conflict of Laws. London: Cavendish, 1999. 652 p.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 2**

### **“Foreign Element” in Revising Court Decisions on New Circumstances: Russian Legislation and Court Practice**



**Natalia I. Marysheva**

Chief Researcher, Department of Private International Law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Chermushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: pil@izak.ru



**Andrey I. Schukin**

Leading Researcher, Department of Private International Law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Chermushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: pil@izak.ru



#### **Abstract**

Court revision of cases on new or newly discovered circumstances, as well as verification of court rulings by way of supervision, is an independent and exceptional stage of the judicial process. Its exclusivity is due to the special grounds stipulated in law for the cancelation of judgment and the procedure for such a review. An analysis of Russian legislation and practice of Russian courts reviewing cases on new circumstances with a particular foreign characteristic shows the significance of this stage of the process for relations with a foreign participant (“element”). Since a foreign court decision may be a new circumstance in these cases, the article deals with the issues related to the effect of foreign court decisions on the Russian territory. The general tendency to expand and simplify the recognition of foreign court decisions, obviously, expands the possibilities of its considering as new circumstances when reviewing court cases. This should not mean a reduction in the requirements for compliance with the conditions of recognition established in an international treaty and in legislation. By the opinion of the authors, verification by the court in the process of reviewing a foreign court case considered as a new circumstance for compliance with the established conditions for its recognition is necessary, regardless of whether the interested party filed objections to recognition or request for “confirmation” of the decision in Russia. The specifics of the proceedings for the revision of cases under new circumstances, leading to a change in the act of justice which has been already in force in the Russian Federation (the decision of the Russian court) on the basis of a foreign decision, requires a special approach to assessing the decision of a foreign court, considered as a new circumstance. The revision of civil courts in one way or another connected with foreign law and order by Russian courts should

facilitate the proper justice and fair judgments protecting the rights and interests of participants in the judicial process, regardless of their citizenship.



### Keywords

new circumstances; revision of courts decisions; foreign states; foreign judgment; recognition and enforcement of decisions of foreign courts; international civil procedure.

**For citation:** Marysheva N.I., Schukin A.N. (2019) “Foreign Element” in Revising Court Decisions Because of New Circumstances: Russian Legislation and Court Practice. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 163–188 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.163.188



### References

- Boguslavskiy M.M. (2004) *International Private Law*. Moscow: Jurist, 604 p. (in Russian)
- Briggs A. (2013) *Conflict of Laws*. Oxford: Oxford University Press, 393 p. (in English)
- Get'man-Pavlova I.V. (2018) Procedural Conflict-of-laws Rules in Private International Law and International Civil Procedure. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 84–96 (in Russian)
- Gol'skiy D.G. (2017) Recognition and Enforcement of Arbitral Awards Overturned by the Court of the Place of their Issuance. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 24 p.
- Erpyleva N. Yu. (2015) *International Private Law*. Moscow, 654 p. (in Russian)
- Nechaev V.I. (ed.) (2008) *Commentary to the Civil Procedure Code of Russia*. Moscow: Norma, 974 p. (in Russian)
- Krasavchikov O.A. (1958) Legal Facts in the Soviet Civil Law. Moscow: Gosyurizdat, 183 p. (in Russian)
- Litvinskiy D.V. (2005) *Recognition of Foreign Judgments in Civil Cases Comparative Analysis of French Law, Judicial Practice and Legal Doctrine*. Saint Petersburg: University, 952 p. (in Russian)
- Mayss A. (1999) *Principles of Conflict of Laws*. London: Cavendish, 464 p. (in English)
- O'Brien J. (1999) *Conflict of Laws*. London: Cavendish, 652 p. (in English)
- Shak H. (2001) *International Civil Procedure Law*. Moscow: BEK, 560 p. (in Russian)
- Shakaryan M.S. (ed.) (2003) *Commentary to the Civil Procedural Code of Russia*. Moscow: Prospect, 736 p. (in Russian)
- Vikut M.A. (ed.) (2003) *Commentary to the Civil Procedure Code of Russia* Moscow: Ton-Dextro Press, 864 p. (in Russian)
- Zaytsev R.V. (2005) Concept of Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Acts. Candidate of Juridical Sciences Summary. Ekaterinburg, 26 p.
- Zeyder N. (1955) Judgment in the Soviet Civil Process. Doctor of Juridical Sciences Summary]. Moscow, 31 p.

# Личные неимущественные права супругов: необходимость правового регулирования

---



**С.В. Зыков**

научный сотрудник Института философии и права Сибирского отделения Российской академии наук. Адрес: 630090, Российская Федерация, Новосибирск, ул. Николаева, 8. E-mail: Zykovsv@yandex.ru

---



## **Аннотация**

В статье рассматривается вопрос о содержании и юридической технике закрепления в современном российском законодательстве личных неимущественных прав супругов. Целью работы является определение направлений возможной корректировки состава таких прав, чтобы они обеспечивали реализацию личности в семейных отношениях в контексте обеспечения стабильности института семьи. При этом использованы методы: исторический, моделирования, сравнительно-правовой. В той форме, в которой они изложены в Семейном кодексе России, личные неимущественные права не всегда направлены на сохранение семьи как общности. Даже тогда, когда такая направленность присутствует, нормы сформулированы излишне лапидарно. Обращаясь к отечественной правовой истории по рассматриваемому вопросу, мы сталкиваемся с регулированием этих прав на совершенно иных основаниях. В качестве основного результата исследования специальной литературы по рассматриваемому вопросу делается вывод, что содержание личных неимущественных прав супругов в ней рассмотрено в самой минимальной степени. Преимущественно рассматриваются возможности их регулирования брачным договором, классификации, применения для их защиты компенсации морального вреда. Анализ судебной практики приводит к выводу о незначительном практическом значении личных неимущественных прав в действующем нормативном регулировании, что позволяет ставить вопрос об их корректировке, сосредоточившись на их психологическом воздействии на участников соответствующих правоотношений. Обращение к зарубежному законодательству государств континентальной правовой системы позволяет найти решения, направленные на укрепление семьи, оставаясь в той же цивилизационной парадигме. Следует ставить вопрос о заимствовании не только правовых норм как таковых, но и последовательности, приоритетов их представления в законе. Делается также вывод о предпочтительной форме изложения личных неимущественных прав супругов в форме корреспондирующих взаимных обязанностей. Такие права должны занимать приоритетное место в системе изложения. Кроме того, автор предлагает расширить их содержание (понимая спорность ряда предложений, автор предлагает их сделать предметом дискуссии). Права, заимствованные из других отраслей права (на выбор места жительства и рода занятий), должны занять соответствующее подчиненное место и включить в себя оговорки, соответствующие специфике семейных отношений.

---



## Ключевые слова

семейное право, Семейный кодекс Российской Федерации, брачно-семейные отношения, брак, нематериальное благо, неимущественные отношения, права и обязанности супругов.

---

---

**Для цитирования:** Зыков С.В. Личные неимущественные права супругов: необходимость правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 189–208.

УДК: 347.625.1

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.189.208

## Введение

В современной России наблюдается и признается кризис института семьи. В связи с этим предъявляются, в частности, претензии к отсутствию в Семейном кодексе Российской Федерации (далее — СК РФ) определения семьи как таковой. Нельзя не признать факт данного кризиса, как и его возможные фатальные последствия для общества в целом, но, конечно же, российской семье вряд ли поможет ее законодательная дефиниция. Известно изречение римского юриста Яволенуса Приска (Digesta. L. L, 17. 202): «*omnis definitio in jure civili periculosa est*» («любое определение в гражданском праве является опасным»), но менее известно продолжение этой фразы через двоеточие — «*parum est enim, ut non subverti posset*» ([поскольку] «мало есть такого, чего нельзя извратить»). Дело не только в том, что трудно сформулировать корректное определение (с семьей дело обстоит именно так), а в том, что определять имеет смысл, если определяемое встроено в механизм правового регулирования. Как известно, в Кодексе семья как таковая не является субъектом права, СК РФ регулирует отношения между физическими лицами. Иными словами, давать определение имеет смысл только одновременно с формированием правового механизма регулирования семейных отношений. В региональном законодательстве дефиниция семьи встречается, тем не менее, мы не увидим прорыва ни в регулировании семейных отношений, ни в социальных последствиях в виде укрепления данного института. Заслуживает внимания и довод, что такое определение не соответствовало бы отечественной правовой традиции [Крашенинников П.В., 2017: 6]. Можно заметить, что отсутствие легального определения семьи характерно и для подавляющего большинства зарубежных правопорядков.

## 1. Личные неимущественные отношения супругов в отечественном семейном праве

Оставаясь в существующей парадигме, рассмотрим правовое регулирование личных неимущественных отношений супругов. Какое бы содержание мы ни вкладывали в понятие семьи, в любом случае речь идет об *общности*, причем ядром этого союза является общность супругов. Эти отношения, конечно, имеют имущественный аспект, но в действительности на первый план выходят отношения личные. Общеизвестно, что право способно лишь в крайне ограниченной степени регулировать отношения последней категории, что справедливо и применительно к отношениям супругов.

В первую очередь Кодекс выделяет следующие личные неимущественные права супругов (п. 1 ст. 31 СК РФ): на выбор рода занятий, профессии, на выбор мест пребывания и жительства. Подчеркнем, что они указаны в статье «равенство супругов в семье» в самом первом пункте как имеющие принципиальный характер. Но уместно ли такое акцентирование на абсолютных персональных правах при регулировании отношений именно семейных? В литературе, например, ставится вопрос о соответствии нормы о самостоятельном выборе места жительства нормам морали [Демко Е.Ф., Карабицин М.Ю., Агафонов А.В., 2011: 107], и следует признать, что здоровое зерно в такой постановке вопроса есть. Действительно, как могут быть осуществлены эти права в правоотношениях именно супругов? «Руководствуясь п. 1 ст. 31 СК РФ, предоставляющей мне право на выбор места пребывания, я уезжаю на ночь к любовнице»? Или «основываясь на признании моего права на выбор рода занятий, я пошла на панель»? Да, звучит несерьезно, но остается вопрос: каковы последствия реализации этих личных прав именно для *брачных* отношений?

Оговаривая право супругов на выбор места жительства (пребывания), одна из российских ученых отмечает: «С другой стороны, несомненно, что семья может эффективно выполнять свои функции только при совместном проживании супругов» [Пчелинцева Л.М., 2009: 190]. Аналогичные вопросы можно поставить и к праву на выбор фамилии, которому посвящена целая статья 32 СК РФ. Не случайно другой ученый, поставивший себе цель выявить стимулирующее действие правовых норм в данной сфере, обнаружил таковое только в положениях жилищного права (создающих условия для совместного проживания супругов). По отношению к собственно нормам семейного права в ее исследовании вынужденно констатируется их «нейтральный» характер («не устанавливают ни стимулирующих, ни ограничивающих положений») [Семенова И.Ю., 2011: 19].

Таким образом, на первом плане в регулировании личных неимущественных семейных отношений мы наблюдаем права, не отражающие их спец-

ифику, пришедшие в семейное право из конституционного права. Вероятно, в последнем они уместны (исследователи, впрочем, отмечают их религиозное, т.е. иррациональное, в конечном итоге, происхождение [Толстых В.Л., 2016: 55-56, 59]), но насколько они актуальны в частном праве? Частное право регулирует отношения между исходно равными субъектами, более того, между субъектами, образующими общность, в устойчивости и сохранении которой заинтересовано общество, а, следовательно, должен быть заинтересован и законодатель («семейное законодательство исходит из необходимости укрепления семьи ...» — п. 1 ст. 1 СК РФ). В этом случае можно увидеть некоторое противоречие в установлении приоритета прав индивида при регулировании отношений общности, которая ему не противостоит (как слишком часто это делает, к сожалению, государство), а в которой личность непосредственно реализуется.

Разумеется, для объяснения позиции законодателя, в частности, в вопросе закрепления права выбора места жительства, можно использовать историческое толкование. В дореволюционной России устанавливалась обязанность совместного проживания в качестве взаимной (ст. 103 Свода законов Российской Империи), которая имела два аспекта: во-первых, запрет актов, разлучающих супругов, во-вторых, обязанность жены следовать за мужем (случаи, когда супруги освобождались от требования жить в одном и том же месте, устанавливались отсылочной нормой ст. 104). К слову сказать, это не означало «приниженности» статуса женщины, законодатель исходил из разных ролей мужчины и женщины в семье; наделение дополнительными правами предполагало и дополнительные обязанности. Так, согласно ст. 106: «Мужъ обязанъ любить свою жену, какъ собственное свое тѣло, жить съ нею въ согласіи, уважать, защищать, извинять ея недостатки и облегчать ея немощи. Онъ обязанъ доставлять женѣ пропитаніе и содержаніе по состоянію и возможности своей». Чтобы выполнять указанные обязанности, нужно иметь соответствующие возможности, в частности, чтобы обеспечивать содержание — выбирать место жительства, где можно профессионально и социально реализоваться; обязанность «защищать» тоже предполагает, например, возможность выбора безопасной среды. С созданием возможностей для реализации данной обязанности можно связать и обязанность повиновения жены мужу (ст. 107).

Не вдаваясь в анализ статуса женщины в дореволюционном российском праве (применительно к лицам православного вероисповедания), отметим, что система в целом в достаточной мере соблюдала ее интересы. В частности, отмечается предпочтительность ее положения по сравнению с положением женщин в странах Западной Европы в то время [Елисеева А.А., 2010: 83]. Разумеется, вышеуказанные нормы далеки от современного европейского (имея в виду не географическое, а цивилизационное измерение) подхода.

Другой вопрос, куда такой подход нас приведет: судя по процессам депопуляции, эта цивилизация не является конкурентоспособной в долгосрочном плане. Возможно, как это уже неоднократно бывало в истории, ее ждет замена другой либо в результате миграционных процессов, либо в результате принятия обществом новой системы ценностей.

Конституция России закрепляет принцип равенства мужчины и женщины, в частности, в семье, что делает невозможным различия в правовом регулировании (исключая ряд гендерно-асимметричных норм, обусловленных деторождением). Иное решение в настоящее время может быть только результатом выбора супругов. Не посягая на вышеуказанный принцип, следует признать, что регулирование семейных отношений должно отражать их специфику, а право должно реагировать на современные вызовы, а не на проблемы, канувшие в прошлое более века назад (например, очень сомнительно, чтобы в настоящее время при устройстве женщины на работу потребовали письменное согласие ее супруга). Иными словами, в настоящее время не усматривается практической необходимости в рамках *семейного* законодательства акцентироваться на личных правах выбора места жительства (пребывания) и выбора рода занятий.

В настоящее время с учетом беспрецедентного процента разводов проблемой является осуществление того, что можно было бы назвать «правом на семейное благополучие». Его принято рассматривать применительно к ребенку, но было бы нелогичным не признавать его и субъективным правом самих супругов, тем более что второе фактически является предпосылкой первого. Отнюдь не обязательным является закрепление такого права или аналогичного ему в Кодексе. Полагаем более предпочтительным определение реализующих его обязанностей. В связи с этим остановимся на способах воздействия на супружеские правоотношения.

Еще в римском гражданском праве было принято формулировать содержание правоотношений в виде обязательств. Понятно, что обязанностям одной стороны корреспондирует право другой, но в этом случае от перемены мест слагаемых меняется и результат: обязанности, как правило, удается сформулировать более четко и конкретно, чем корреспондирующие им права, что позволяет обеспечить большую определенность правоотношения.

От такого подхода отказались в праве публичном, очевидно, из идеологических соображений и необходимости акцентировать права личности в отношениях с заведомо более сильным субъектом — государством. Подобный подход (проявленный в несопоставимо меньшей степени) можно проследить и в некоторых отраслях частного права, например, в трудовом, в котором неравенство работника и работодателя просматривается во всех сферах регулируемых отношений. Однако в гражданском обязательственном праве регулирование осуществляется преимущественно посредством формулиро-

вания обязанностей субъектов. Такой подход уместен и в семейном праве, по крайней мере, там, где отсутствует заведомо «слабая» сторона, как в супружеских отношениях.

Таким образом, личные неимущественные отношения супругов целесообразно излагать, прежде всего, как их взаимные (по отношению друг к другу) обязанности, направленные на сохранение семьи, реализацию их права на семейное благополучие. Собственно права предпочтительно формулировать там, где они (как члены семьи) имеют дело с третьими лицами, прежде всего, с государством.

## **2. Личные неимущественные права супругов в зарубежном законодательстве**

Рассмотрим регулирование личных неимущественных прав супругов в зарубежном законодательстве. Сразу отметим, что глобальных открытий в праве государств нашей правовой семьи и схожей цивилизационной парадигмы мы не обнаружим. Так, рассматривая вопросы коллизионного регулирования по указанному вопросу, Н.Ж. Осмоналиева не находит практического значения регулирования личных неимущественных отношений супругов, поскольку в разных государствах оно осуществляется на основе принципа равенства и в связи с «отсутствием правовой природы» таких отношений [Осмоналиева Н.Ж., 2015: 160]. По мнению автора настоящей статьи, подобный подход чрезмерно упрощает ситуацию, хотя почва у такого упрощения, следует признать, имеется.

К сожалению, законодательства государств родственной правовой традиции — бывшего СССР (Казахстана, Беларуси, Армении, Азербайджана, Таджикистана) — мало чем здесь могут помочь: подавляющее большинство соответствующих положений сформулированы в них аналогично положениям СК РФ. Действительно, отличия (не считая редакционных) редки и незначительны: ч. 4 ст. 32 Семейного кодекса Кыргызской Республики говорит о «равной обязанности в отношении домашнего труда». На наш взгляд, представляет интерес положения ч. 2 ст. 55 Семейного кодекса Украины — «муж обязан утверждать в семье уважение к матери. Жена обязана утверждать в семье уважение к отцу».

В то же время редакционные нюансы тоже важны: скажем, ст. 16 Семейного кодекса Молдовы 2000 г. начинается не с личных прав супругов относительно рода занятий и места жительства (они приводятся в ч. 2 и 3 ст. 16), а с указания на совместное решение супругами «всех вопросов семейной жизни». Согласно ч. 2 ст. 18 супруги обязаны морально поддерживать друг друга и хранить супружескую верность. Статья 1155 «Совместное решение семей-

ных вопросов» Гражданского кодекса Грузии стоит раньше статей, посвященных свободе выбора рода деятельности и места жительства. Статья 22 Семейного кодекса Республики Узбекистан, закрепляющая указанные персональные права супругов, стоит последней в главе 4, посвященной личным неимущественным правам и обязанностям супругов. «Загнаны» эти права в последнюю четвертую часть ст. 50 «Равноправие супругов» и в Семейном кодексе Туркменистана.

Литовское законодательство специально регламентирует личные неимущественные права в ст. 3.27. Гражданского кодекса «Обязанность супругов поддерживать друг друга», устанавливая обязанности взаимных лояльности и уважения, взаимной поддержки моральной и материальной. Далее в ст. 3.31 регулируется вопрос выбора фамилии (на этом регулирование личных неимущественных отношений заканчивается).

В §15 Эстонского Закона о семье в качестве последствия заключения брака определено появление «брачного сожительства», обязывающего к взаимному уважению и поддержке. Устанавливая равные права, законодатель сразу же оговаривает и равные обязанности в отношении друг друга и семьи. Супруги совместно организуют брачное сожительство и удовлетворение семейных нужд, имея в виду интересы друг друга и детей. Право на выбор рода занятий прямо не оговаривается, зато в п. (2) того же § 15 говорится, что, выбирая сферу деятельности, супруг должен наилучшим образом использовать возможности обеспечивать семью. Также прямо не оговаривается права на выбор места жительства, что не лишает, разумеется, супругов этих гражданских прав, в том числе на отдельное проживание. В то же время, если отдельное проживание обусловлено поведением супруга, это лишает его права требовать выплат на свое содержание ((3) §16). В § 21 устанавливается понятие “общее семейное жилище”.

Как известно, Латвия пошла по пути восстановления гражданского законодательства межвоенного периода — Гражданского закона 1937 года, (Закон «О Гражданском законе Латвийской Республики 1937 года» от 14.01.1992), в первой части которого «Семейное право» содержится подраздел «Личные права супругов». Личные обязанности определены в ст. 84: быть взаимно верными, жить вместе, поддерживать друг друга, совместно заботиться о благосостоянии семьи. Далее в ст. 85 устанавливается равенство прав супругов и возможность решения споров через суд; в ст. 86 определяется порядок выбора фамилии при заключении брака. Статьи 87 и 88 содержат регулирование имущественных отношений.

Балтийское право, как известно, сформировалось под значительным влиянием права германского (хотя можно найти и влияния, связанные с нахождением в составе Российской Империи). Германское право оказало в XVIII–XIX веках влияние и на русское частное право. Германское граж-

данское уложение не выделяет структурно личные неимущественные права, они обнаруживаются в § 1363 гл. 4 кн. 5: «Брак заключается на всю жизнь. Супруги обязаны друг к другу вести совместную брачную жизнь». Во второй части указанного параграфа установлены ограничения обязанностей по отношению к другому супругу в случаях злоупотребления правом и при распаде брака.

Нормы § 1355, который регулирует право на фамилию, «выбиваются» из стандартных для современного европейского (в самом широком смысле этого слова) права формулировок, устанавливая презумпцию присвоения в качестве общей фамилии мужа. Как и любая презумпция, она опровержима (в данном случае заявлением, которое делает сотруднику органа ЗАГС супруг, желающий сохранить добрачную фамилию). На наш взгляд, аналогичное положение можно было бы установить и в ст. 32 СК РФ: это уведет вопрос из плоскости борьбы самолюбий в плоскость «так принято», тем самым снижая потенциал конфликтности. По данным соцопросов, по-прежнему большинство молодежи (независимо от гендерных различий) выступает за то, чтобы жена брала фамилию мужа (берут около 85%); из исследований, проведенных в разное время, явствует, что эти показатели являются вполне устойчивыми.

Согласно ч. (2) § 1356 при выборе и осуществлении деятельности, приносящей доход, супруг должен учитывать интересы другого супруга и семьи в целом. Остальные параграфы главы относятся к имущественным отношениям, например § 1360 устанавливает взаимную обязанность супругов своим трудом и имуществом содержать семью.

Посмотрим законодательство других государств сходной с Россией исторической судьбы (имея в виду историческую принадлежность к восточному христианству и/или участие в социалистическом эксперименте). В ст. 4 Сербского Семейного закона устанавливается, что брак является прочным союзом («трајнија заједница») жизни мужчины и женщины, исключаящим наличие внебрачных партнеров. В ст. 7 устанавливается равенство прав родителей; ст. 8 устанавливает обязанность поддержки членов семьи; ст. 13 устанавливает каждому право на имя. Ст. 25 устанавливает обязанности супругов вести совместную жизнь («заједнички живот»), а также взаимного уважения и взаимопомощи. Ст. 26 устанавливает свободу супругов в выборе рода занятий, согласно ст. 27 супруги совместно принимают решение о выборе места жительства и ведении совместного домашнего хозяйства («заједничког домаћинства»). В ст. 28 повторяется обязанность поддержки применительно к супругам.

В Семейном Кодексе Болгарии ст. 12, посвященная выбору фамилии, содержится в Главе второй «Заключение брака». Глава третья «Личные отношения между супругами» (в действовавшей до 01.10.2009 редакции личные

отношения структурно не выделялись) начинается с закрепления принципа равенства (ст. 13). Далее в ст. 14 закрепляются принципы взаимоотношений супругов: взаимоуважение, обязанность общего «ухода» («грижи») за семьей, взаимопонимание. Под «уходом» в ст. 17 понимается обязанности благодаря взаимопониманию и совместным усилиям, сообразно своим возможностям, в том числе имущественным обеспечивать благополучие семьи, а также воспитание, образование, содержание детей. По ст. 15 супруги живут вместе, если особые обстоятельства не заставляют их жить раздельно. Лишь в ст. 16 провозглашается свобода личности супругов, в том числе право на выбор профессии.

Ст. 1386 Гражданского кодекса Греции 1946 г. (в действующей редакции), обязывает супругов проживать совместно (если это не нарушает их права), ст. 1387 обязывает совместно решать вопросы семейной жизни, общность жизни («του κοινού τους βίου») не должна нарушать их личную сферу, в том числе профессиональную. Далее в ст. 1388 устанавливается право выбора фамилии; ст. 1389 устанавливает обязанность обоих супругов по мере их возможностей вносить вклады (трудом и имуществом) в удовлетворение потребностей семьи; ст. 1390 поясняет, что речь в этом случае идет о взаимных обязанностях содержания, содержания детей и, в целом, совместной обязанности содействовать общности домашней жизни как этого требует брачное сожитительство. В дальнейших статьях регулируются имущественные отношения.

### **3. Доктринальные предложения de lege ferenda в отношении состава и содержания личных неимущественных прав супругов**

Возможности заимствования норм зарубежного права в исследованиях некоторых российских ученых ограничиваются предложением воспринять общее дозволение решения спорных вопросов через суд [Никитин Д.Н., 2013: 17]. Справедливости ради отметим, что данное предложение не относится к основным выводам указанного исследователя в отношении личных неимущественных прав. De lege ferenda им заявлены вопросы, регулирующие отношения супругов с суррогатной матерью, а также последствия совершения сделки дарения при признании брака фиктивным [Никитин Д.Н., 2013: 10–11]. В другой работе, посвященной регулированию личных неимущественных отношений в законодательстве государств СНГ, ее автор, декларируя наличие того, что можно «почерпнуть из позитивного опыта российскому законодателю» [Саенко Л.В., 2014: 22, 27], не приводит правовых норм, которые можно было бы внести в СК РФ. Трудно согласиться и с

утверждением, что «постепенное расширение сферы правового воздействия на личные неимущественные отношения является общей закономерностью» [Елисеева А.А., 2010: 83]: на практике мы не видим бурного законодотворчества в этой сфере.

Все это, на наш взгляд, подтверждает крайнюю фактическую ограниченность вариантов решений по регулированию таких отношений в существующих условиях. Этот тезис подтверждается и при обращении к работам, рассматривающим личные неимущественные права вне сравнительного правоведения. Значительная часть усилий авторов, посвятивших этой теме диссертационные исследования, посвящена рассмотрению вопросов систематизации личных неимущественных прав и возможности их регулирования в брачном договоре [Елисеева А.А., 2008: 9, 11, 19; Никитин Д.Н., 2013: 9], — вопросов, безусловно, важных, но вряд ли первоочередных в смысле их общественного значения. Предлагая установить возможность регулировать в брачном договоре личные неимущественные права, один из исследователей указывает, что такие положения «хотя и не связывает супругов, будут служить ориентиром для них» [Ахмедов А.Я., 2016: 5]. Однако не уместнее тогда установить такие правила в нормативном порядке, исходя из существующих в обществе иных социальных норм?

В то же время в работах по личным неимущественным семейным правам затрагиваются вопросы регулирования отношений по воспитанию детей. Например, предлагается закрепить обязанность детей почитать и уважать родителей, фактически обеспечить равенство прав родителей [Елисеева А.А., 2008: 12–13], с чем нельзя не согласиться, но и нельзя не признать, что речь в этом случае идет о другом юридическом институте семейного права. При этом следует понимать, что перевод регулирования родительских отношений в раздел, касающийся отношений супружеских, приведет или к дублированию нормативного материала (что вряд ли правильно с точки зрения юридической техники), или к обеднению нормативного регулированию родительских отношений лиц, не состоящих в браке (что еще хуже, поскольку может привести, в частности, к ущемлению интересов отдельно проживающего родителя). Очевидно, что, например, взаимное поддержание родительского авторитета — обязанность (минимум этическая и педагогическая), независимая от существования брака, на практике более актуальная именно при его отсутствии. Теоретически в рамках брачных отношений уместно регулировать вопросы планирования деторождения; уместность здесь остальных аспектов родительских отношений не может не вызывать вопросов.

Встречается в литературе и «личное неимущественное право супруга на расторжение брака». Следует отметить, что автор этой концепции не останавливается на анализе правовой природы столь не очевидного права. На-

сколько можно понять мысль исследователя (прямо не сформулированную), она считает это право средством защиты личных неимущественных прав, закрепленных за супругами [Климова С.А., 2007: 12–15]. Справедливости ради нужно отметить, что в одном из судебных постановлений [Там же] встречается такая интерпретация права на расторжение брака (заметим, что в спорном контексте — в связи с онкологическим заболеванием другого супруга). Однако данный охраняемый законом интерес имеет полноценный механизм реализации и вряд ли нуждается в закреплении в качестве личного неимущественного права

В рамках существующего регулирования субъектом требования о расторжения брака может быть и супруг, права которого не нарушались, и даже супруг, сам являющийся нарушителем прав другого, если он настаивает на разводе, брак будет расторгнут. Существует мнение, что действующий механизм расторжения несовершенно. Так, в исследовании А.И. Антонова и С.А. Сорокина, которое приводится в списке литературы многих курсов по социологии семьи, говорится: «В вопросе о разводе именно отказ законодателя от учета интересов детей выражает отказ законодателя от учета прав семьи на целостность, на автономию семьи, на ее суверенность» [Антонов А.И., Сорокин С.А., 2000: 170]. Сказано полемически остро, но озвученная проблема есть, однако ее рассмотрение — за пределами настоящей работы. В действующем правовом поле обеспеченные правом возможности расторжения брака, на наш взгляд, следует рассматривать как охраняемый законом интерес, основанный на принципе добровольности брачного союза. Выделение соответствующего личного неимущественного права не оправдано ни теоретическими, ни практическими соображениями.

Интересно рассмотрение супружеских отношений в иных отраслях права. Некоторые исследователи делают вывод, что «супруги во многих правоотношениях выступают как квазиединый субъект права», в связи с чем предлагается принять федеральный закон «О правовом статусе супругов» [Селецкая С.Б., Яковлева Е.А., 2016: 39]. По нашему мнению, достаточного нормативного материала (в том числе в процитированной работе) для вывода о необходимости отдельного федерального закона действующее законодательство не содержит. Можно частично согласиться с обоснованием указанного вывода правом не свидетельствовать против супруга в административном процессе, но это право, как известно, распространяется и на других лиц (родителей, детей, усыновителей, усыновленных, родных братьев и сестер, дедушек, бабушек, внуков). В уголовном праве при освобождении уголовной ответственности от показаний также кроме супруга оговариваются близкие родственники.

Положения избирательного законодательства и корреспондирующие им положения Налогового кодекса России, обязывающие учитывать источни-

ки дохода и имущества супруга, являются нормой крайне узкого действия по кругу лиц, а положения налогового законодательства о взаимозависимых лицах охватывают, кроме супруга, весьма обширный перечень субъектов. Это же обстоятельство (указание не только супруга, но и иных лиц) подрывает аргументацию в части ссылок на Гражданский кодекс РФ о защите частной жизни гражданина после его смерти, на положения гражданского законодательства, связанные с запретом дарения и возмещением вреда лицам в результате потери кормильца, а также на специальный закон об особенностях правового положения крестьянского (фермерского) хозяйства в части субъектного состава [Селецкая С.Б., Яковлева Е.А., 2016: 37-39]. Единственный случай, где данное возражение не действует — определение общей совместной собственности супругов, однако это имущественные отношения, в достаточной степени урегулированные семейным законодательством и гражданским правом. Таким образом, вывод о «субъектности» (квази-субъектности) супругов в иных отраслях права является не слишком обоснованным, при том, что такая субъектность, по нашему мнению, была бы желательна. Это перспективное направление правовых исследований и, по их результатам, внесения изменений в законодательство.

Рассматривая вопрос о корректировке правовых норм, мы неизбежно сталкиваемся с проблемой, которая называется в психологии «экология отношений», т.е. не повлекут ли изменения в долгосрочной перспективе последствия, которые мы не учитывали, когда предлагали изменения? В связи с этим следует проанализировать, как применяются судами рассматриваемые нормы.

#### **4. Личные неимущественные права супругов в судебной практике по семейным спорам**

Личные неимущественные права преимущественно упоминаются в режиме «попутно сказанного» при разрешении жилищных и имущественных споров. Разумеется, значительно чаще при рассмотрении споров данных категорий суды обходятся без такого упоминания личных неимущественных права, используя нормы, регламентирующие имущественные отношения супругов, а также нормы жилищного права, определяющие права и обязанности членов семьи собственника или нанимателя. Однако встречаются и исключения из этой общей тенденции.

Так, в мотивировочной части судебных актов порой можно найти «дополнения» понятия членов семьи в смысле жилищного права со ссылкой на норму о личных правах супругов, что не является, по нашему мнению, удачным решением. Иногда в решениях явно спутаны нормы семейного и

жилищного кодексов: «Согласно ч. 1 ст. 31 СК РФ к членам семьи собственника жилого помещения относятся проживающие совместно с данным собственником в принадлежащем ему жилом помещении его супруг, а также дети и родители данного собственника». Подобного рода «слияние» норм разных кодексов встречается и в других решениях. Встречается также избыточное (по отношению к нормам жилищного законодательства) упоминание норм п. 3 ст. 31 СК РФ в связи со спорами, связанными с регистрацией несовершеннолетнего по месту жительства одного из родителей. Является более правильным приводимое в ряде судебных актов противопоставление норм Семейного и Жилищного кодексов как разноотраслевых и имеющих разные цели правового регулирования. Используя оборот «по смыслу» во взаимосвязи с другими нормами, суд сослался на возможность соглашением родителей определить место жительства детей (для целей выявления жилищных прав последних), хотя достаточной в этом контексте была бы ссылка на нормы, определяющие права и обязанности родителей.

Сославшись на возможность выбора места жительства супругами, суд счел обоснованным не учитывать жилое помещение, принадлежащее одному из них для целей признания прав на жилищную субсидию. Что касается субсидии на оплату жилого помещения и коммунальных услуг, то при оспаривании положений федерального акта, требующих учитывать доходы супруга независимо от факта совместно проживания, отказывая в принятии к рассмотрению жалобы, Конституционный Суд России сослался на то, что содержание прав и обязанностей супругов «должно определяться с учетом принципа, сформулированного в пункте 1 статьи 1 указанного Кодекса [СК РФ], который предполагает построение семейных отношений на основе взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов. Применительно к взаимоотношениям супругов данный принцип конкретизирован в положениях Семейного кодекса Российской Федерации, возлагающих на них обязанность оказывать друг другу помощь, в том числе материальную (пункт 3 статьи 31 и пункт 1 статьи 89)». Разумеется, красиво сформулировано, но ввиду того, что речь шла об имущественных правах, формулировка мало потеряла бы содержательно при ссылке лишь на п. 1 ст. 89 СК РФ.

Также встречаются решения, когда правом выбора места жительства обосновывалась возможность состоять на регистрационном учете (в контексте необходимости улучшения жилищного положения в силу изменения семейного положения). Здесь же упоминается норма п. 2 ст. 31 СК РФ в связи с привлечением родителей к договорной ответственности по внесению платы за жилое помещение, в котором проживали, в частности, их дети. И в этом случае было бы достаточно норм жилищного права, а также норм, регулирующих родительские отношения.

Перейдем к гражданско-правовым спорам. Ссылка на личные неимущественные права супругов послужила одним из оснований для компенсации морального вреда в связи с причинением вреда здоровью супругу или в связи с причинением супругу вреда жизни. Однако в этом случае имеет значение само наличие личных неимущественных отношений супругов безотносительно их конкретного содержания.

В то же время в делах, где личные неимущественные права сталкиваются с нормами гражданского (наследственного) права (в приведенном деле — понятие «недостойный наследник»), суд применяет нормы наследственного права (истцы ссылались на недостойное поведение ответчицы — супруги: не вызвала болевшему онкологическим заболеванием супругу скорую помощь, подала на развод).

В делах по договорным спорам (в данном случае — оспаривание договора пожизненного содержания с иждивением) также встречаются явно ошибочные положения, касающиеся личных неимущественных прав: «При этом указанное в договоре понятие содержания — обеспечение питанием, одеждой, уходом и необходимой помощью и сохранение права бесплатного пожизненного пользования долей жилого дома и земельного участка — относится с личным неимущественным обязанностям супругов по отношению друг к другу» (формулировка позволяет только гадать, что именно хотел сказать суд).

Личные неимущественные права супругов упоминаются и в спорах, посвященных разделу общего имущества супругов в части определения его состава. Однако норма, согласно которой учитывается труд по ведению домашнего хозяйства, содержится, как известно, в п. 3 ст. 34 СК РФ, регулирующей имущественные отношения. Кроме того, формулировка судебного решения («домашний труд» исходя из закрепленного ст. 31 СК РФ принципа равенства супругов в семье приравнивается к труду работающего мужа») не является корректной: она сама по себе определяет не приравнивание домашнего труда к получению доходов, а возможность соглашением супругов распределить соответствующие семейные обязанности (на основе равенства); цитируя именно ее в данном контексте, следовало бы сослаться на соглашение супругов, чего в рассматриваемом решении сделано не было.

Рассматривая спор из административных правоотношений о нарушении миграционного законодательства, суд не принял во внимание довод о вмешательстве в семейную жизнь исходя из факта проживания супруга — административного истца на территории России.

Наконец, встречаются решения со ссылкой на п. 3 ст. 31 СК РФ в связи с расторжением брака. Однако в нашей правовой системе не требуется доказывать факта нарушения прав для расторжения брака, основания для вынесения решения (невозможность совместной жизни и сохранение семьи)

содержатся в п. 1 ст. 22 СК РФ. Справедливости ради отметим, что примеры, выпадающие из указанной закономерности, существуют, но они являются единичными. Так, отказывая в иске о компенсации морального вреда в связи с тем, что супруг неправомерно (по мнению истца) увезен сыном к нему домой (помимо того, что суд не счел доказанным, что это делалось вопреки воле увезенного супруга), суд, кроме всего прочего обосновал отказ в иске правом супруга на выбор места жительства. Таким образом, практическое значение формулировок личных неимущественных прав в современной правоприменительной судебной практике крайне невысоко. Если они и применяются, то по совокупности с другими нормами права, и этих «других» норм права было бы вполне достаточно для регулирования спорного отношения и для вынесения решения. Это позволяет ставить вопрос об изменении существующих норм.

В рамках рассматриваемой темы не нельзя не затронуть вопрос, что дадут указанные изменения на практике: возможности регулирования правом личных неимущественных отношений, как известно, крайне ограничены. Совершенно справедливо отмечается, что практически все семейные отношения подлежат регулированию социальными нормами, не относящимся к правовым, однако в настоящее время по очень многим причинам традиционные механизмы воздействия на семейные отношения ослабли. Это привело к тому, что личные неимущественные отношения супругов оказались практически не урегулированными, и право оказалось не в состоянии в должной мере взять на себя роль регулятора данных отношений [Елисеева А.А., 2008: 3-4]. В литературе [Шодонова М.Э., 2015] также указывается, что недостаточная детализированность порядка осуществления личных неимущественных прав создает возможности злоупотребления ими, отмечается возможность злоупотребления в вопросах материнства (отцовства) со стороны супруги и в части права на семейную тайну.

Ответ на вопрос о практическом значении регулирования личных неимущественных отношений будет вполне ожидаемым: во-первых, нормы права имеют и психологическое, воспитательное значение. В литературе справедливо отмечается «стимулирующий» [Бурдо Е.П., 2015: 123] или «декларативный» [Никитин Д.Н., 2013: 15]; [Елисеева А.А., 2010: 85–86] характер данных норм, их «воспитательная роль» [Нечаева А.М., 2015: 78]. Поскольку такие нормы обращены не столько к правоприменителю, сколько к самим участникам правоотношений, то формулировки, выстраивание приоритетов имеют особое значение. При этом было бы крайне желательно, чтобы формулировки правовых норм оказывали *созидательное* воздействие в смысле выстраивания семейных отношений.

Кроме того, применительно к личным неимущественным правам супругов установлены квазисанкции. Например, в ст. 92 СК РФ предусмотрено ос-

вобождение супруга от обязанности по содержанию (или ее ограничение) в случае «недостойного поведения» требующего выплаты алиментов супруга. Помощь в раскрытии указанного оценочного понятия может оказать определение содержания личных неимущественных прав и обязанностей супругов. В этом же контексте справедливо утверждение исследователей, что личные неимущественные права подлежат рассмотрению в ряде дел о расторжении, признании недействительным (санации), восстановлении брака [Гордеюк Е.В., 2016: 5-6].

Разумеется, мы не предполагаем, что изменения решительным образом переломят негативные тенденции в институте семьи в современной России: этот кризис обусловлен целой совокупностью факторов и правовые лишь в их числе. К последним можно отнести, например, правовое регулирование расторжения брака и послеразводных отношений. Однако это вопросы — выходящие за рамки настоящего исследования.

## **Заключение**

Пункт 3 ст. 31 СК РФ имеет смысл сделать первым пунктом, тем самым ясно обозначив приоритеты. При этом полезно более наглядным образом перечислить обязанности супругов. Нынешняя формулировка личных неимущественных прав приводит к тому, что в литературе встречаются пассажи: «Что касается необходимости содействовать благополучию и укреплению семьи, благосостоянию детей, то в СК подобного рода положения находят развитие в той его части, которая посвящается имущественным правам и обязанностям супругов» [Нечаева А.М., 2015: 78]. Очевидно, что это редуцирование к имущественным отношениям — результат неотрефлексированности, недостаточной развернутости указанных норм.

Например, можно предложить следующие дополнения (на основе положений законодательства близких правовых систем): «супруги обязаны поддерживать родительский авторитет друг друга (в том числе после расторжения брака)» (аналогичная норма должна быть закреплена в родительских обязанностях); указать на ответственность каждого из супругов за сохранение и благополучие семьи, имея в виду как интересы друг друга, так и интересы детей; обозначить взаимную обязанность стремиться к взаимопониманию.

Ряд положений приведенных выше выглядит спорно. Так, никоим образом не оспаривая обязанность взаимной верности супругов в качестве моральной и нравственной, автор настоящей статьи находит сомнительным решение поддерживать ее грубой рукой закона. С другой стороны, можно было бы обсудить понятие «общность жизни» (идущего из известного опре-

деления римского права и встречающегося в современных зарубежных законодательствах), которую супруги должны утверждать и поддерживать. В любом случае, было бы странно со стороны автора настоящей статьи претендовать на законченное решение столь запутанного вопроса. Для этого необходимо собрать и проработать разные мнения и формулировки.

Пункт 1 ст. 31 СК РФ лучше сделать последним, указав на ограничения: «с учетом интересов семьи, в том числе воспитания и содержания общих несовершеннолетних детей». Другие варианты: закрепить обязанность совместного проживания с оговорками, принятыми в таких случаях в зарубежном праве: «...если особые обстоятельства не заставляют их жить раздельно» или «если это не нарушает их права»; или можно указать то, что супруги совместно принимают решение о выборе места жительства. Также необходимо рассмотреть возможность дополнения правилом о выборе сферы деятельности, рода занятий аналогичными зарубежным оговоркам в соответствующих случаях, например: «выбирая сферу деятельности, супруг должен наилучшим образом использовать возможности для обеспечения семьи».

Целесообразно подумать о внесении в ст. 32 СК РФ нормы, предусматривающей фамилию супруга в качестве общей (разумеется, в качестве диспозитивной), но только при условии предварительной оценки общественного резонанса: не хотелось бы, чтобы такое мало на что влияющее изменение вызвало очередные споры в нашем и без того крайне разобщенном социуме.



## Библиография

- Антонов А.И., Сорокин С.А. Судьба семьи в России XXI века. М.: Грааль, 2000. 416 с.
- Ахмедов А.Я. Поименованные и непоименованные договоры, направленные на укрепление семьи // Семейное и жилищное право. 2016. № 6. С. 4–7.
- Бурдо Е.П. Понятие и виды личных неимущественных отношений в Российской Федерации // Вестник Межрегионального открытого социального института. 2015. № 2. С. 119–124.
- Гордеюк Е.В. Нематериальные блага в сфере нравственности как объекты брачных правоотношений // Семейное и жилищное право. 2016. № 3. С. 4–6.
- Демко Е.Ф., Карабичин М.Ю., Агафонов А.В. Личные неимущественные права супругов и их соотношение с нормами морали // Основные тенденции развития Российского законодательства. 2011. № 6. С. 107–108.
- Елисеева А.А. Правовое регулирование личных неимущественных отношений в семейном праве Российской Федерации: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2008. 25 с.
- Елисеева А.А. О совершенствовании семейного законодательства в области правового регулирования личных неимущественных отношений // Журнал российского права. 2010. № 3. С. 82–89.
- Климова С.А. Личное неимущественное право супруга на расторжение брака и его реализация в судебном порядке // Семейное и жилищное право. № 3. 2007. С. 12–15.

Крашенинников П.В. Нужен ли России новый Семейный кодекс? // Семейное и жилищное право. 2017. № 1. С. 3–7.

Нечаева А.М. Семейное право. М.: Юрайт, 2015. 303 с.

Никитин Д.Н. Правовое регулирование личных неимущественных отношений супругов: вопросы теории и практики: автореф. дис.... к.ю.н. Курск, 2013. 26 с.

Осмоналиева Н.Ж. Коллизионная регламентация личных неимущественных и имущественных прав супругов в Кыргызской республике // Современные проблемы гуманитарных и естественных наук: материалы научно-практической конференции. Бишкек: Институт стратегических исследований, 2015. С. 159–162.

Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М.: Норма, 2009. 720 с.

Саенко Л.В. Личные неимущественные права супругов по семейному законодательству стран-участников СНГ: о пользе сравнительного правоведения // Гуманитарный научный журнал. 2014. № 2. С. 22–27.

Селецкая С.Б., Яковлева Е.А. О некоторых особенностях правового статуса супругов и его межотраслевой природе // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2016. № 3. С. 37–40.

Семенова И.Ю. Действие правовых стимулов и ограничений в регулировании личных прав и обязанностей супругов // Право и государство: теория и практика. 2011. № 3. С. 14–20.

Толстых В.Л. Ренессансное понимание достоинства и его влияние на современную концепцию прав человека // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2016. № 2. С. 48–61.

Шодонова М.Э. Проблема злоупотребления правом в отношениях между супругами // *Nauka-rastudent.ru*. 2015. Available at: URL: <http://nauka-rastudent.ru/20/2893> (дата обращения: 14.03.2019)

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 2

### Personal Non-property Rights of Spouses: Need in Legal Regulation



**Sergey V. Zykov**

Researcher, Institute of Philosophy and Law, Siberian branch, Russian Academy of Sciences. Address: 8 Nikolaeva Str., Novosibirsk 630090, Russian Federation. E-mail: [Zykovsv@yandex.ru](mailto:Zykovsv@yandex.ru)



#### Abstract

The article deals with the content and form of presentation in the current Russian legislation of personal non-property rights of spouses. The purpose of the work is to determine the directions for possible adjustment of these rights in terms of their functions to ensure the possibility of executing personality in family relationships, the prerequisite of which is to ensure the stability of the family institution. At the same time, historical, modeling, comparative law methods were used. In the presented form, they are not always aimed at preserving the family as a community; At the same time, when such an orientation is present, the norms are formulated too lapidary. Turning to the domestic legal history on

this issue, we, of course, come across their regulation on completely different grounds. As the main result of the examination of the specialized literature on the issue, it is concluded that the content of the personal non-property rights of the spouses in it is considered at the very minimum. Predominantly considered the possibility of their regulation of the marriage contract, classification, application to protect compensation for moral harm. The analysis of judicial practice leads to a conclusion about the insignificant practical significance of personal non-property rights in the current normative submission, which allows us to raise the issue of their adjustment, focusing on their psychological impact. The appeal to the foreign legislation of the states of the continental legal system and similar historical experience allows us to find solutions aimed at strengthening the family, remaining in the same civilizational paradigm. It is necessary to raise the issue not only of borrowing legal norms as such, but also of consistency, the priority of their representation in the law. The conclusion is also made about the preferential form of presentation of personal non-property rights of spouses in the form of corresponding reciprocal obligations. Such rights should be a priority in the system of presentation. In addition, the author proposes to expand their content (understanding the controversy of a number of proposals, the author proposes to make them a subject of discussion). Rights borrowed from other branches of law (to choose the place of residence and occupation) should take the appropriate subordinate place and include reservations that are specific to the family relationship.



### Keywords

family law; Family Code of the Russian Federation; marital relations; matrimony; intangible benefit; non-property relations; rights and duties of spouses.

**For citation:** Zykov S.V. (2019) Personal Non-property Rights of Spouses: Need in Legal Regulation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 189–208 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.189.208



### References

- Antonov A.I., Sorokin S.A. (2000) *The Fate of Family in Russia in the 21st Century*. Moscow: Graal, 416 p. (in Russian)
- Ahmedov A.Ya. (2016) Named and Unnamed Contracts Aimed at Strengthening the Family. *Semejnoe i zhilishchnoe pravo*, no 6, pp. 4–7 (in Russian)
- Burdo E.P. (2015) The concept and types of personal non-property relations in the Russian Federation. *Vestnik Mezhhregional'nogo otkrytogo social'nogo instituta*. no 2, pp. 119–124 (in Russian)
- Gordeyuk E.V. (2016) Non-material Benefits in the Sphere of Morality as Objects of Marriage Relations. *Semejnoe i zhilishchnoe pravo*, no 3, pp. 4–6 (in Russian)
- Demko E.F., Karabycin M.Yu., Agafonov A.V. (2011) Personal Non-property Rights of Spouses and their Correlation with the Moral Norms. *Osnovnye tendencii razvitiya Rossijskogo zakonodatel'stva*, no 6, pp. 107–108 (in Russian)
- Eliseeva A.A. (2008) Legal Regulation of Personal Non-property Relations in the Family Law of Russia. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 25 p. (in Russian)
- Eliseeva A.A. (2010) On the Improvement of Family Legislation in the Field of Legal Regulation of Personal Non-property Relations. *Zhurnal rossijskogo prava*, no 3, pp. 82–89 (in Russian)

- Klimova S.A. (2007) Personal Non-property Right of the Spouse to Divorce and its Implementation in Court. *Semeinoe i zhilishchnoe pravo*, no 3, pp. 12–15 (in Russian)
- Krashennikov P.V. (2017) Does Russia Need a New Family Code? *Semejnoe i zhilishchnoe pravo*, no 1, pp. 3–7 (in Russian)
- Nechaeva A. M. (2015) *Family Law*. Moscow: Yurait, 303 p. (in Russian)
- Nikitin D.N. (2013) Legal Regulation of Personal Non-property Relations of Spouses. Candidate of Juridical Sciences Summary. Kursk, 26 p. (in Russian)
- Osmonalieva N.Z. (2015) Conflict regulation of personal non-property and property rights of spouses in the Kyrgyz Republic]. *Sovremennye problemy gumanitarnykh i estestvennykh nauk materialy konferencii*. Bishkek: Institut strategicheskikh issledovaniy, pp. 159–162 (in Russian)
- Pchelinceva L.M. (2009) *Family Law of Russia*. Moscow: Norma, 720 p. (in Russian)
- Saenko L.V. (2014) Personal Non-property Rights of Spouses in the Family Legislation of the CIS Countries: Benefits of Comparative Law. *Gumanitarnyj nauchnyj zhurnal*. no 2, pp. 22–27 (in Russian)
- Seletskaya S.B., Yakovleva E.A. (2016) Some Peculiarities of the Legal Status of Spouses and its Intersectoral Nature. *Vestnik Kazanskogo yuridicheskogo instituta MVD Rossii*. no 3, pp. 37–40 (in Russian)
- Semenova I.Y. (2011) Effects of Legal Incentives and Restrictions on the Regulation of Personal Rights and Duties of Spouses. *Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika*, no 3, pp. 14–20 (in Russian)
- Shodonova M.E. (2015) Abuse of Law in Relations between Spouses. Nauka-rastudent.ru. Available at: URL: <http://nauka-rastudent.ru/20/2893/> (in Russian)
- Tolstykh V.L. (2016) Renaissance Understanding of Dignity and its Impact on the Modern Concept of Human Rights. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenij. Pravovedenie*, no 2, pp. 48–61 (in Russian)

# Выбор права в трансграничном ликвидационном неттинге



**А.П. Клементьев**

аспирант кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: aklementiev@hse.ru



## Аннотация

Предметом настоящей статьи является вопрос о выборе права, применимого к трансграничному ликвидационному неттингу. Данный механизм используется для снижения рисков по заключаемым на международных финансовых рынках сделкам с производными финансовыми инструментами, договорам репо, сделкам займа ценными бумагами и конверсионным операциям. Он осуществляется с использованием стандартных генеральных соглашений, являющихся частью типовой документации, разработанной международными ассоциациями участников финансовых рынков. Кроме того, ликвидационный неттинг при наступлении событий неисполнения обязательств предусмотрен биржевыми правилами. Некоторые дефиниции ликвидационного неттинга, содержащиеся в законодательных и доктринальных источниках, позволяют сделать вывод о возможности применения к нему коллизионной нормы о зачете. Поскольку взаимозачет требований по сделкам является лишь заключительным этапом всей процедуры неттинга, то более обоснована квалификация рассматриваемого механизма в качестве договорного способа прекращения обязательств. Подобный подход позволяет определить право, применимое к ликвидационному неттингу, осуществляемому в соответствии с международной стандартной документацией, а также к биржевому ликвидационному неттингу. Однако вопрос о праве, применимом к ликвидационному неттингу на основе нестандартных соглашений, стороны которых не осуществили выбора права самостоятельно, остается неразрешенным. Норма о выборе права, применимого к ликвидационному неттингу, отсутствует в отечественном законодательстве о международном частном праве. Коллизионная проблематика, связанная с применением ликвидационного неттинга по трансграничным сделкам, поднималась в ходе подготовки международного инструментария в области неттинга в рамках УНИДРУА. Однако рекомендации в отношении применимого права не вошли в окончательную редакцию документа. Вероятно, отсутствие прогресса в выработке специальной коллизионной нормы о неттинге вызвано практическими причинами, а не теоретическими затруднениями. Традиционно внебиржевой ликвидационный неттинг осуществляется с использованием стандартной документации, содержащей положения о выборе применимого права, которые признаются всеми ведущими правопорядками.



## Ключевые слова

международное частное право, ликвидационный неттинг, применимое право, коллизионное право, взаимозачет, прекращение обязательств, генеральные соглашения, соглашения о неттинге, финансовые контракты

**Для цитирования:** Клементьев А.П. Выбор права в трансграничном ликвидационном неттинге // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 209–232.

УДК: 341

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.209.232

## Введение

Ликвидационный неттинг является распространенным на международных финансовых рынках договорным механизмом<sup>1</sup>, направленным на управление риском [Böger O., 2013: 233] и снижение рисков [Bliss R., Kaufman G., 2006: 60] при неисполнении обязательств по трансграничным финансовым сделкам. Сфера применения ликвидационного неттинга широка — данный инструмент используется для урегулирования обязательств по сделкам с производными финансовыми инструментами, договорам репо и договорам займа ценных бумаг, а также по иным сделкам, связанным с высоким риском<sup>2</sup>. При этом ликвидационный неттинг осуществляется в отношении сделок, заключенных на организованных торгах (биржевой ликвидационный неттинг), а также договоров, заключенных на внебиржевом рынке (внебиржевой ликвидационный неттинг).

Процесс осуществления внебиржевого ликвидационного неттинга упрощенно иллюстрирует пример, использованный в материалах Международной ассоциации по свопам и деривативам (ISDA)<sup>3</sup>. Предположим, что между двумя сторонами заключены договоры своп, т.е. являющиеся производными финансовыми инструментами соглашения об обмене платежами. До истечения срока следок в отношении одной из сторон вводится процедура банкротства. При этом по первой сделке платежеспособная сторона должна выплатить несостоятельному должнику 1 млн. долл., а по второму своп-контракту имеет право получить 800 000 долл. от контрагента.

В случае договоренности об осуществлении ликвидационного неттинга обе сделки прекращаются, и происходит вычет суммы меньшего обязательства из суммы большего обязательства. Таким образом, по результатам неттинга платежеспособная сторона осуществит уплату 200 000 долл. контрагенту, в то время как должник-банкрот не должен уплачивать ничего. При отсутствии возможности осуществления ликвидационного неттинга платежеспособный контрагент пополнил бы конкурсную массу несостоятельно-

---

<sup>1</sup> Available at: URL: [https://www.nbs.sk/\\_img/Documents/BIATEC/BIA01\\_05/23\\_27.pdf](https://www.nbs.sk/_img/Documents/BIATEC/BIA01_05/23_27.pdf) (дата обращения: 20.05.2019)

<sup>2</sup> Available at: URL: <https://www.unidroit.org/instruments/capital-markets/netting> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>3</sup> Available at: URL: <https://www.isda.org/a/USiDE/netting-isda-research-notes-1-2010.pdf> (дата обращения: 17.05.019)

го должника на 1 млн. долл. и участвовал бы в конкурсном производстве в качестве кредитора с требованием в размере 800 000 долл.

В реальности выполнение такого требования может затянуться на годы и, скорее всего, взыскана будет лишь часть требуемой суммы. В приведенном примере неттинг осуществлялся в отношении двух разнонаправленных однородных сделок, но в практике финансовых рынков в неттинг может включаться множество разнородных контрактов, обязательства из которых имеют потенциальную денежную оценку. Экономический эффект ликвидационного неттинга состоит в снижении кредитного [Gregory J., 2010: 10] и системного рисков [Bliss R., Kaufman G., 2006: 56]. Кроме того, использование ликвидационного неттинга способствует уменьшению нагрузки на капитал кредитных организаций [Choudhry M., 2010: 306].

Согласно Принципам УНИДРУА об осуществлении ликвидационного неттинга (далее — «Принципы неттинга УНИДРУА»)<sup>4</sup>, положением о ликвидационном неттинге является договорное условие, на основе которого при наступлении заранее определенного события в отношении стороны договора взаимные обязательства, вне зависимости от наступления из срока исполнения, автоматически или по выбору сторон сводятся к или заменяются единым нетто-обязательством (путем прекращения, новации или иным образом), представляющим совокупную стоимость обязательств и подлежащим уплате одной стороной другой стороне.

В Модельном законе о неттинге ISDA 2018 г.<sup>5</sup> (раздел 1 Части I) содержится еще более громоздкое определение, в соответствии с которым неттинг — процесс применения договорных положений, предусматривающих прекращение, ликвидацию и/или акселерацию, подсчет и определение нетто-баланса взаимных требований. Как и в Принципах неттинга УНИДРУА, в Модельном законе указывается на возможность неттинга на основе уведомления или в автоматическом порядке в зависимости от положений соответствующего договора.

Внебиржевой ликвидационный неттинг осуществляется на основе заключаемых за пределами организованных торговых площадок соглашений о неттинге (netting agreements), стороны которых часто находятся в разных юрисдикциях [Jonson V., 2015: 109]. На международных финансовых рынках существует многолетняя практика по использованию ликвидационного неттинга по трансграничным внебиржевым сделкам на основе типовых генеральных (рамочных) соглашений, являющихся частью стандартной до-

<sup>4</sup> Available at: URL: <http://www.unidroit.org/instruments/capital-markets/netting> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>5</sup> Available at: URL: [https://www.isda.org/a/X2dEE/FINAL\\_2018-ISDA-Model-Netting-Act-and-Guide\\_Oct15.pdf](https://www.isda.org/a/X2dEE/FINAL_2018-ISDA-Model-Netting-Act-and-Guide_Oct15.pdf) (дата обращения: 17.05.2019)

кументации, подготовленной профессиональными ассоциациями и объединениями участников финансовых рынков.

Наиболее известными примерами такой документации являются стандартная документация Международной ассоциации по свопам и дериватам (ISDA), Международной ассоциации по рынкам капитала (ICMA)<sup>6</sup>, Международной ассоциации по займам ценными бумагами (ISLA)<sup>7</sup>, Европейской банковской федерации (European Banking Federation)<sup>8</sup> и Комитета по валютным операциям (Foreign Exchange Committee)<sup>9</sup>. На внутренних финансовых рынках содержащая положения о ликвидационном неттинге стандартная документация также получила распространение. В частности, соответствующие генеральные соглашения разработаны практически во всех европейских странах [Селивановский А., 2009: 68].

В России такую роль выполняют Примерные условия договора о срочных сделках на финансовых рынках 2011 г., утвержденные Саморегулируемой (некоммерческой) организацией «Национальная ассоциация участников фондового рынка»<sup>10</sup> и предусмотренное ими Генеральное соглашение о срочных сделках на финансовых рынках. В ФРГ [Fuchs F., 2013: 39] используется Рамочное соглашение для срочных финансовых сделок (Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte)<sup>11</sup>, разработанное Банковским союзом Германии (Bundesverbanddeutscher Banken<sup>12</sup>. Несмотря на отсутствие трансграничного характера, данное генеральное соглашение на практике может применяться и для совершения финансовых сделок с иностранным элементом<sup>13</sup>.

Биржевой ликвидационный неттинг осуществляется не на основе двухсторонних соглашений, а в случаях, специально предусмотренных внутренними документами бирж или клиринговых центров. Так, правила клиринга Банка «Национальный клиринговый центр»<sup>14</sup>, которые применяются на тор-

---

<sup>6</sup> Available at: URL: <https://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/repo-and-collateral-markets/legal-documentation/global-master-repurchase-agreement-gmra/> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>7</sup> Available at: URL: <https://www.isla.co.uk/legal-agreements> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>8</sup> Available at: URL: <https://www.ebf.eu/home/european-master-agreement-ema/> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>9</sup> Available at: URL: <https://www.newyorkfed.org/fmlg/documentation/index.html> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>10</sup> Available at: URL: <http://spfi.info/files/ModelProvisions2011v2.pdf> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>11</sup> Available at: URL: [https://bankenverband.de/media/contracts/RV-FTG-44015\\_1201\\_Muster.pdf](https://bankenverband.de/media/contracts/RV-FTG-44015_1201_Muster.pdf) (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>12</sup> Available at: URL: <http://en.bankenverband.de/> (дата обращения: 20-05-2019)

<sup>13</sup> Available at: URL: [http://linklaters.de/fileadmin/anwenderdaten/images/im-fokus/Validity\\_of\\_Contractual\\_Netting\\_under\\_German\\_law\\_\\_1\\_.pdf](http://linklaters.de/fileadmin/anwenderdaten/images/im-fokus/Validity_of_Contractual_Netting_under_German_law__1_.pdf) (дата обращения: 20-05-2019)

<sup>14</sup> Available at: URL: <http://www.nkcbank.ru/viewCatalog.do?menuKey=244> (дата обращения: 17.05.2019)

гах Московской биржи, содержат положения о ликвидационном неттинге в отношении участника клиринга и самого клирингового центра. К участникам клиринга — кредитным организациям — ликвидационный неттинг применяется в случае отзыва (аннулирования) лицензии на осуществление банковских операций. Для использования ликвидационного неттинга в отношении некредитных организаций необходимо назначение временной администрации или принятие решения о введении одной из процедур банкротства.

Биржевые правила иностранных бирж также содержат положения о ликвидационном неттинге. Так, ликвидационный неттинг в случае банкротства участников торгов предусмотрен правилами биржи EUREX<sup>15</sup>. Согласно правилам клиринга на фондовых площадках CME group<sup>16</sup> в случае банкротства клиринговой организации применяется процедура ликвидационного неттинга, предусмотренная правилами клиринга. При участии иностранных инвесторов в торгах или наличия иного иностранного элемента биржевой ликвидационный неттинг приобретает трансграничный характер, что, в свою очередь, неизбежно порождает вопрос о применимом праве.

Поскольку ликвидационный неттинг тесно связан с процедурами несостоятельности, основное внимание сторон финансовых сделок уделяется проблемам признания результатов неттинга в ходе банкротства, в том числе трансграничного. Об этом свидетельствует работа ISDA по подготовке независимых заключений внешних юридических консультантов, в которых ставятся вопросы, связанные с осуществлением ликвидационного неттинга в контексте возможной или свершившейся несостоятельности<sup>17</sup>. Важной вехой в развитии отечественного финансового рынка стала подготовка подобного юридического заключения в отношении Российской Федерации — Банк России отметил выпуск заключения специальным пресс-релизом<sup>18</sup>.

Такое внимание ISDA к вопросам банкротства закономерно, поскольку его наступление (а также введение аналогичных процедур в отношении стороны соответствующего генерального соглашения) является одним из оснований применения ликвидационного неттинга по стандартной документации ISDA<sup>19</sup>. Аналогичным образом иные генеральные соглашения на

<sup>15</sup> Available at: URL: <http://www.eurexchange.com/blob/exchange-en/3066-3100/124288/1/data/cf2692007e.pdf.pdf> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>16</sup> Available at: URL: <https://www.cmegroup.com/rulebook/NYMEX/1/8.pdf> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>17</sup> Available at: URL: <https://www.isda.org/category/opinions/> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>18</sup> Available at: URL: [https://www.cbr.ru/eng/press/PR/?file=17022015\\_175631eng\\_sbrfr2015-02-17T17\\_51\\_50.htm](https://www.cbr.ru/eng/press/PR/?file=17022015_175631eng_sbrfr2015-02-17T17_51_50.htm) (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>19</sup> Пункт 5(a)(vii) Генерального соглашения ISDA 2002 г.

международных<sup>20</sup> и локальных<sup>21</sup> финансовых рынках предусматривают осуществление неттинга при банкротстве. Кроме того, примером использования ликвидационного неттинга при банкротстве выступают биржевые правила клиринга<sup>22</sup>.

Другие события неисполнения, предусмотренные стандартной документацией, также имеют вполне очевидную связь с банкротством. К числу таких положений относится прекращение сделок в случае неисполнения обязательств перед третьими лицами (кросс-дефолт)<sup>23</sup>. Если один из контрагентов нарушает долговые обязательства, превышающие некую пороговую сумму, такое нарушение позволяет применить положение о ликвидационном неттинге. Кроме того, такое основание прекращения сделок как ухудшение платежеспособности в результате реорганизации (т.е. после слияния или присоединения к другому юридическому лицу, чье финансовое положение неудовлетворительно)<sup>24</sup>, также прямо или косвенно свидетельствуют о высокой вероятности введения процедур несостоятельности в отношении соответствующей стороны.

В связи с этим справедливо мнение Ф. Вуда, что «неттинг преимущественно (но не исключительно) является вопросом конкурсного права, а не права, применимого к договору» [Wood P., 1995: 152]. Тем не менее коллизионный вопрос применительно к ликвидационному неттингу интересен по причине отсутствия в отечественном законодательстве специальной коллизионной нормы. Кроме того, как будет показано ниже, связанная с неттингом коллизионная проблематика стала предметом пристального внимания научного сообщества в ходе подготовки Принципов неттинга УНИДРУА, что, безусловно, свидетельствует о важности данного вопроса.

---

<sup>20</sup> Раздел 1 Генерального соглашения IFEMA, пункт 6(1)(viii) Европейского генерального соглашения.

<sup>21</sup> Пункт 7 Рамочного соглашения о срочных финансовых сделках, пункт 5.2 Примерных условий договора о срочных сделках на финансовых рынках.

<sup>22</sup> См., напр.: пп. 1) п. 2 ст. 4 Федерального закона от 07.02.2011 № 7-ФЗ «О клиринге, клиринговой деятельности и центральном контрагенте» // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 904; ст. 39 Правил осуществления клиринговой деятельности на рынке ценных бумаг, применяемых на Санкт-Петербургской фондовой бирже. Available at: URL: [https://mse.ru/ru/clearing/stocks/docs/clir\\_regl\\_1807181.pdf](https://mse.ru/ru/clearing/stocks/docs/clir_regl_1807181.pdf) (дата обращения: 17.05.2019); ст. 58 и 59 Общей части Правил клиринга Небанковской кредитной организации-центрального контрагента «Национальный Клиринговый Центр». Available at: URL: [http://nationalclearingcentre.ru/UserFiles/File/CK24/1.%20Pravila%20kliringa.%20Obschaya%20chast\\_titul.pdf](http://nationalclearingcentre.ru/UserFiles/File/CK24/1.%20Pravila%20kliringa.%20Obschaya%20chast_titul.pdf) (дата обращения: 16.05.2019).

<sup>23</sup> П. 5.1(ж) Примерных условий договора о срочных сделках на финансовых рынках, п. 5(a)(vi) Генерального соглашения ISDA 2002 г., раздел 1 Генерального соглашения IFEMA, пункт 6(1)(vi) Европейского генерального соглашения.

<sup>24</sup> П. 5.3(в) Примерных условий договора о срочных сделках на финансовых рынках, п. 5(b)(v) Генерального соглашения ISDA 2002 г., п. 6(2)(iii) Европейского генерального соглашения.

## 1. Трансграничный ликвидационный неттинг на основе стандартной документации

Стандартная документация ISDA для заключения сделок с производными финансовыми инструментами (деривативами)<sup>25</sup> является одной из наиболее часто используемых в мире и содержит детальные положения о неттинге [Goode R., 2011: 286]. Основой документации выступает Генеральное соглашение ISDA (ISDA Master Agreement). Первое рамочное соглашение было разработано Международной ассоциацией по свопам и деривативам в 1987 г., в дальнейшем были опубликованы Генеральные соглашения 1992 г. и 2002 г.<sup>26</sup> Кроме того, в рамках ISDA для целей дополнения рамочных соглашений периодически издаются сборники определений различных терминов, открытые для присоединения участников рынка протоколы, стандартные условия сделок, формы подтверждений для их заключения, а также множество путеводителей и разъяснений.

На основе документации ISDA участники международных финансовых рынков могут заключать большое количество различных внебиржевых сделок с деривативами, при этом перечень таких сделок не приводится в самом соглашении. К таким сделкам могут относиться деривативы на акции, облигации, валюту, процентные ставки, товарные производные, сделки с погодными индексами, статистической информацией и некоторые другие<sup>27</sup>. Кроме того, стандартная документация ISDA может служить основой для совершения сделок не только с деривативами, но и для обычных операций по купле-продаже валюты (так называемые сделки спот) [Липовцев В.Н., 2013: 47].

Процедура ликвидационного неттинга установлена Разделом 5 (Section 5) Генерального соглашения ISDA 2002 г. и выглядит следующим образом. Основанием для осуществления ликвидационного неттинга является наступление события неисполнения или события прекращения в отношении стороны соглашения. Примерами событий неисполнения являются, в частности, нарушение обязанностей по соглашению, банкротство и кросс-дефолт, а к событиям прекращения относятся незаконность, форс-мажор, изменение налогового режима и другие обстоятельства. События неисполнения прямо или косвенно связаны с действиями стороны генерального соглашения, в

<sup>25</sup> Available at: URL: <http://www.isda.org/publications/isdamasteragrmnt.aspx> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>26</sup> В общей сложности Международной ассоциацией по свопам и деривативам было подготовлено пять форм рамочных соглашений. Available at: URL: [https://www.isda.org/a/NzXEE/RUS\\_BanksInsolvLaw\\_ISDAComments\\_Sep07-\\_2.pdf](https://www.isda.org/a/NzXEE/RUS_BanksInsolvLaw_ISDAComments_Sep07-_2.pdf) (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>27</sup> Available at: URL: <http://www.fieldfisher.com/pdf/commentary-isda-master-agreements.pdf> (дата обращения: 17.05.2019)

то время как события прекращения не связаны с такими действиями и происходят вне контроля какой-либо из сторон.

Согласно разделу 6(a) Генерального соглашения ISDA 2002 г. наступление события неисполнения дает право стороне соглашения направить уведомление контрагенту, допустившему наступление дефолта, в котором устанавливается дата досрочного прекращения всех сделок, заключенных на основании генерального соглашения (early termination date). Кроме того, сделки могут прекращаться автоматически без направления уведомления в том случае, если стороны оговорили такой порядок прекращения транзакций в самом генеральном соглашении. В случае наступления события прекращения стороны обладают правом прекратить сделки, затронутые соответствующим событием, но такое право реализуется после совершения дополнительных действий, предусмотренных разделом 6(b) Генерального соглашения ISDA 2002 г.

В результате наступления даты досрочного прекращения обязательства по сделкам заменяются обязанностью по уплате ликвидационной суммы (close-out amount), которая вычисляется по специальной методологии, предусмотренной генеральным соглашением. Необходимо отметить, что более раннее Генеральное соглашение ISDA 1992 г. предусматривает возможность выбора между двумя способами вычисления нетто-обязательства — методом потерь и методом на основе рыночных котировок (market quotation method).

Трансграничные операции РЕПО, т.е. договоры купли-продажи ценных бумаг с обязательством обратного выкупа, осуществляются путем заключения сделок с использованием документации, подготовленной Международной ассоциацией рынков капитала (ICMA). Созданная в 1960 г., она является старейшей из международных ассоциаций, объединяющих участников финансового рынка. Как и в случае стандартной документации для рынка деривативов, в основе документации ICMA лежит генеральное соглашение Global Master Repurchase Agreement (GMRA). Последняя редакция этого соглашения была опубликована в 2011 г. и заменила более ранние редакции 2000 и 1995 гг.<sup>28</sup>

Для осуществления ликвидационного неттинга по Генеральному соглашению GMRA необходимо наступление одного из событий неисполнения<sup>29</sup>, перечень которых во многом схож с Генеральным соглашением ISDA. В результате подачи заявления о банкротстве и назначения ликвидатора

---

<sup>28</sup> Available at: URL: <https://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/repo-and-collateral-markets/global-master-repurchase-agreement-gmra/> (дата обращения 17.05.2019)

<sup>29</sup> Available at: URL: <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Legal/GMRA-2011/GMRA-2011/Guidance-Notes-to-the-GMRA-2011.pdf> (дата обращения: 25.05.2018)

ликвидационный неттинг начинается автоматически, в остальных случаях требуется уведомление о неисполнении (default notice)<sup>30</sup>. После получения уведомления все обязательства по сделкам РЕПО подлежат акселерации и немедленному исполнению, а перечисленное сторонами обеспечение подлежит возврату. Сторона, направившая уведомление, определяет размер взаимных требований, переводит их в базовую валюту и производит взаимозачет полученных величин.

Другим примером трансграничных сделок, заключаемых на основе стандартной документации, содержащей положение о ликвидационном неттинге, являются сделки займа ценных бумаг (securities lending transactions). Международной ассоциацией по займам ценных бумаг (ISLA) разработано Глобальное рамочное соглашение о займе ценных бумаг (GMSLA), последняя версия которого опубликована в 2010 г.<sup>31</sup> Как и в других стандартных генеральных соглашениях, используемых для совершения трансграничных финансовых сделок, для начала ликвидационного неттинга в рамках Генерального соглашения GMSLA необходимо наступление события неисполнения (event of default).

К числу событий неисполнения, предусмотренных Генеральным соглашением GMSLA, относятся нарушение обязательств по уплате денежных сумм и поставке обеспечения, банкротство, предоставление ложных заверений, передача активов, исключение из числа участников торгов на фондовой бирже и другие основания<sup>32</sup>. Результатом реализации данных событий является акселерация требований по сделкам до даты наступления события неисполнения, подсчет рыночной стоимости обязательств сторон, конвертация данных обязательств в единую валюту и определение нетто-баланса требований.

Необходимо отметить, что нарушение обязанности по поставке ценных бумаг в рамках исполнения договора займа, заключенного на основе Генерального соглашения GMSLA, не является событием неисполнения. В случае неисполнения такой обязанности займодавец может продолжить действие затронутого договора займа или прекратить его<sup>33</sup>. В последнем случае

<sup>30</sup> Available at: URL: <https://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/repo-and-collateral-markets/icma-ercc-publications/frequently-asked-questions-on-repo/26-what-happens-to-repo-transactions-in-a-default/> (дата обращения: 25.05.2018)

<sup>31</sup> Available at: URL: <http://www.isla.co.uk/standard-documentation> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>32</sup> Available at: URL: [https://www.icmagroup.org/assets/documents/Events/Counterparty-default-%E2%80%93-the-legal-issues\\_Habib-Motani.pdf](https://www.icmagroup.org/assets/documents/Events/Counterparty-default-%E2%80%93-the-legal-issues_Habib-Motani.pdf) (дата обращения: 22.05.2018)

<sup>33</sup> Available at: URL: [https://www.sidley.com/~/media/files/publications/2010/12/lessons%20from%20lehman%20the%202010%20gmsla%20and%20the%20shor\\_/files/view%20article/fileattachment/jnl%20of%20intl%20banking%20and%20finance%20law%20jibfl%20a%20bryc\\_.pdf](https://www.sidley.com/~/media/files/publications/2010/12/lessons%20from%20lehman%20the%202010%20gmsla%20and%20the%20shor_/files/view%20article/fileattachment/jnl%20of%20intl%20banking%20and%20finance%20law%20jibfl%20a%20bryc_.pdf) (дата обращения: 25.05.2018)

остальные сделки сохраняют силу и процедура ликвидационного неттинга, предусмотренная генеральным соглашением, не осуществляется.

Еще одним важным примером стандартной документации на финансовых рынках, содержащей положения о ликвидационном неттинге, являются генеральные соглашения, разработанные Комитетом по валютным операциям при поддержке Федерального резервного банка Нью-Йорка (Foreign Exchange Committee, FXC)<sup>34</sup> для заключения сделок на валютном рынке. Начиная с 1984 г. Комитет подготовил являющиеся стандартами для международных валютных сделок: Генеральное соглашение для международного рынка валютных опционов (International Currency Options Market Master Agreement, ICOM), Генеральное соглашение по международным валютным сделкам (International Foreign Exchange Master Agreement, IFEMA) и Генеральное соглашение по международным валютным сделкам и опционам (International Foreign Exchange and Options Master Agreement, IFEOMA), объединяющее условие двух других соглашений.

В частности, Генеральное соглашение IFEMA<sup>35</sup> предусматривает положения о ликвидационном неттинге в специальном разделе 5, который носит название «Закрытие и Ликвидация». Согласно его положениям, исправная сторона имеет возможность направить допустившему нарушение обязательств контрагенту уведомление, предусматривающее прекращение всех имеющихся между сторонами сделок, за исключением тех случаев, в которых ликвидационный неттинг осуществляется на автоматической основе. Затем одна из сторон осуществляет подсчет и суммирование прибылей и убытков от преждевременного прекращения обязательств и, в зависимости от знака, осуществляет уплату нетто-суммы нарушившему условия сделок контрагенту или требует от него исполнения образовавшегося нетто-обязательства.

Для совершения трансграничных финансовых сделок на территории Европейского союза Европейской банковской федерацией (European Banking Federation) в 2004 г. было разработано Европейское генеральное соглашение (European Master Agreement, EMA)<sup>36</sup>. Его целью является объединение в рамках единого договора всего разнообразия финансовых сделок, включая договоры репо, договоры займа ценных бумаг, а также опционы и фьючерсы и свопы. Поскольку последние являются производными финансовыми инструментами, то есть традиционной «вотчиной» ISDA, ассоциация направляла свои возражения разработчикам EMA и обосновывала отсутствие необхо-

---

<sup>34</sup> Available at: URL: <https://www.newyorkfed.org/FXC/index.html> (дата обращения: 22.05.2018)

<sup>35</sup> Available at: URL: <https://www.newyorkfed.org/medialibrary/microsites/fmlg/files/ifema.pdf> (дата обращения: 20.06.2019)

<sup>36</sup> Available at: URL: <https://www.ebf.eu/home/european-master-agreement-ema/> (дата обращения: 20.06.2019)

димости подготовки еще одного стандартного генерального соглашения для рынка деривативов<sup>37</sup>. Тем не менее, специальное приложение для деривативных сделок было включено в пакет стандартной документации ЕМА.

Ликвидационный неттинг на основе документации ЕМА построен следующим образом. Событиями неисполнения, являющимися основаниями для его проведения, являются неисполнение обязанности по проведению платежа, осуществлению поставки актива или обеспечения, нарушение заверений, кросс-дефолт и дефолт по иной сделке между сторонами, реорганизация без правопреемства, отрицание факта обязательств, недействительность гарантии, а также событие банкротства стороны соглашения. Как и в прочих трансграничных рамочных соглашениях о финансовых сделках, одна из сторон соглашения направляет уведомление о прекращении с дальнейшим определением суммы нетто-обязательства.

## **2. Определение применимого права на основе коллизионной нормы о зачете**

Для поиска коллизионной нормы, которая потенциально могла бы применяться к неттингу, осложненному иностранным элементом, необходимо осуществить правовую квалификацию ликвидационного неттинга, т.е. попытаться «вписать» данный механизм в перечень известных российскому законодательству о МЧП институтов. Р. Блисс и Г. Кауфманн указывают на две составляющих ликвидационного неттинга — право стороны прекратить сделки при определенных условиях и право зачесть причитающиеся сторонам суммы при определении окончательного обязательства [Bliss R., Kaufman G., 2006: 58].

Д. Хуанг полагает, что рассматриваемый инструмент позволяет стороне финансового контракта зачесть полученные в результате осуществления ликвидационного неттинга суммы посредством определения нетто-суммы, подлежащей уплате одной стороной другой стороне [Huang J., 2010: 116]. По мнению В.Н. Липовцева, в ходе неттинга осуществляется зачет в порядке, предусмотренном соглашением [Липовцев В.Н., 2012: 116], а Д. Бенджамин [Benjamin J., 2007: 263] указывает зачет (set-off) в качестве одного из ключевых элементов ликвидационного неттинга.

Нетрудно видеть, что в приведенных выше дефинициях фигурирует право на осуществление зачета в отношении обязательств по финансовым сделкам. Действительно, с первого взгляда ликвидационный неттинг обладает сходством с «классическим институтом зачета» [Böger O., 2013: 235]. Нали-

<sup>37</sup> Available at: URL: <http://isda.org/speeches/pdf/European-Master-Agreement-for-Financial-Tansactions-19Jun99.pdf> (дата обращения: 22.05.2018)

чие вычитания суммы большего требования из размера меньшего требования при выявлении окончательного нетто-обязательства одной из сторон побудило Ф. Паеча охарактеризовать ликвидационный неттинг как «расширенный зачет» (extended set-off) [Paech P., 2014: 421], т.е. зачет, осложненный дополнительными характеристиками.

Необходимо отметить, что дефиниции ликвидационного неттинга, содержащие указания на зачет как одну из составляющих данной процедуры, содержатся не только в доктринальных источниках, но и в международных документах, направленных на гармонизацию и унификацию права. Так, Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности ЮНСИТРАЛ 2004 г.<sup>38</sup> указывает на зачет (set-off) всех обязательств из прекращенных сделок на агрегированной основе как одну из составляющих процедуры неттинга. Согласно Модельному закону о неттинге ISDA 2018 г., ликвидационный неттинг состоит из четырех стадий, последней из которых является определение нетто-баланса требований сторон путем проведения зачета или иным образом<sup>39</sup>.

Кроме того, по часто применяемому к финансовым сделкам английского права природа зачета состоит в исполнении взаимных денежных требований с целью выявления балансирующего требования одной из сторон [Johnston W., Werlen T., 2006: 136]. Общий принцип свободы договора, известный английскому праву, позволяет сторонам установить положение о зачете в соглашении, причем такой зачет может осуществляться в отношении обязательств, выраженных в разных валютах. Заключительным этапом процедуры ликвидационного неттинга является определение единого нетто-обязательства, отражающего баланс взаимных требований. Более того, ликвидационный неттинг осуществляется не только в отношении обязательств в одинаковой валюте, но и применяется к выраженным в разных валютах требованиям.

В свете вышесказанного коллизия проблема в отношении трансграничного ликвидационного неттинга может быть разрешена на основе специальной коллизия нормы, регулирующей вопрос о выборе права применительно к зачету. В результате реформы раздела VI части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>40</sup> (далее — ГК РФ) в 2013 г.<sup>41</sup> такая норма впервые появилась в отечественном законодательстве. Ста-

---

<sup>38</sup> Available at: URL: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html) (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>39</sup> Available at: URL: <http://assets.isda.org/media/341bbbff/b732bf0a-pdf> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>40</sup> СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

<sup>41</sup> Федеральный закон от 30.09.2013 N 260-ФЗ «О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. N 40 (ч. III). Ст. 5030.

тья 1217.2 ГК РФ «Право, подлежащее применению к прекращению обязательств зачетом» «фактически дословно воспроизводит» [Канашевский В.А., 2016: 372] положения ст. 17 Регламента Европейского парламента и Совета ЕС № 593/2008 о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам (далее — Регламент Рим I)<sup>42</sup> и состоит всего из двух предложений.

Согласно общему правилу, прекращение обязательства зачетом определяется по праву страны, подлежащему применению к отношению, из которого возникло требование, против которого заявляется о зачете встречного требования. Прекращение обязательства в результате применения зачета, производимого по соглашению сторон, определяется правилами ГК РФ о праве, подлежащем применению к договору. Таким образом, законодатель предусмотрел разные коллизионные нормы для «независимого» зачета, который производится по заявлению одной стороны, и для договорного зачета (взаимозачета).

О. Бёгер подверг критике возможность использования коллизионного правила о независимом зачете в отношении ликвидационного неттинга по причине затруднительности выяснения стороны, которая предъявляет требование к зачету [Böger O., 2013: 239]. Такое замечание представляется справедливым, в особенности, в тех случаях, когда неттинг осуществляется автоматически. Однако по нашему мнению, основным аргументом против использования коллизионного правила о независимом зачете применительно к ликвидационному неттингу является его договорная природа.

Ликвидационный неттинг — договорный инструмент [Mantysaari P., 2010: 379], для применения которого необходимо соответствующее положение в договоре, генеральном соглашении, правилах биржи или клиринговой организации, которые также имеют договорную природу. Соответственно, для целей определения права, применимого к ликвидационному неттингу, следовало бы применять вторую часть статьи 1217.2 ГК РФ, т.е. коллизионную норму о зачете, производимом по соглашению сторон.

Однако и такой подход является спорным. Приведенные выше дефиниции ликвидационного неттинга не сводят данный механизм к зачету, а лишь упоминают зачет (или взаимозачет) как заключительную стадию неттинга. Остальные этапы неттинга, предшествующие «зачету», не могут существовать в условиях правового вакуума и также требуют определенности в вопросе о выборе применимого права. Более того, некоторые определения ликвидационного неттинга не содержат упоминания о зачете или взаимозачете даже как о стадии процедуры неттинга.

Так, в определении, предложенном Г. Райнером, указывается, что в результате осуществления ликвидационного неттинга «определяется размер

<sup>42</sup> Available at: URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593> (дата обращения: 17.05.2019)

единого компенсационного требования», т.е. величина нетто-обязательства [Райнер Г., 2010: 21]. О. Бёгер характеризует заключительную стадию неттинга как определение чистой совокупной стоимости всех обязательств, в отношении которых осуществляется ликвидационный неттинг [Böger O., 2013: 235]. Принципы неттинга УНИДРУА предусматривают, что единое нетто-обязательство в рамках неттинга образуется посредством прекращения обязательств, новации или возникает иным образом.

### **3. Определение применимого права на основе коллизионной нормы о прекращении обязательств**

Охват всех этапов ликвидационного неттинга возможен при его квалификации в качестве единого способа прекращения договорных обязательств, предусмотренным соглашением сторон. При данном подходе ликвидационный неттинг не сводится к содержащимся в законодательстве разных стран правовым институтам (зачет, новация, отступное), а представляет собой самостоятельно сконструированный участниками финансовых рынков инструмент *sui generis*, т.е. способ прекращения обязательств, предусмотренный соглашением сторон [Буркова А., 2010: 7]. В обоснование данного подхода можно привести следующие аргументы.

Многие определения ликвидационного неттинга прямо говорят о прекращении или отмене сделок при наступлении события неисполнения. Так, право прекратить (*right to terminate*) все заключенные в рамках соглашения сделки с производными финансовыми инструментами или их часть предусмотрено разделом 6 Генерального соглашения ISDA. Статья 4.1 Федерального закона от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>43</sup>, посредством которой ликвидационный неттинг получил юридическую защиту в рамках банкротства российских юридических лиц, также содержит указание на прекращение финансовых договоров посредством осуществления ликвидационного неттинга в порядке, предусмотренном генеральным соглашением, правилами организованных торгов или правилами клиринга.

Прошедшее долгий путь эволюции отечественное законодательство о клиринге определяет неттинг как полное или частичное прекращение обязательств, допущенных к клирингу, зачетом и (или) иным способом, установленным правилами клиринга<sup>44</sup>. Указанная дефиниция скорее применима к неттингу в целом и не является определением ликвидационного неттинга в строгом смысле. Тем не менее из данного определения видно, что правовой

---

<sup>43</sup> СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

<sup>44</sup> Федеральный закон от 07.02.2011 N 7-ФЗ «О клиринге, клиринговой деятельности и центральном контрагенте» // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 904.

способ прекращения обязательств не играет первоочередной роли для целей неттинга, однако сам неттинг является механизмом прекращения обязательств.

Возможность существования альтернативных способов прекращения обязательств предусмотрена российским гражданским законодательством. Так, ст. 407 ГК РФ предусматривает возможность прекращения обязательств не только по основаниям, предусмотренным самим Кодексом, но и в случаях, определенных договором. Таким образом, наряду с надлежащим исполнением, зачетом, предоставлением отступного, новацией, прощением долга и другими поименованными в ГК РФ способами прекращения обязательств, стороны свободны в использовании дополнительных механизмов, служащих той же цели. В этом проявляется принцип автономии воли, который является одним из основных начал гражданского законодательства.

В некоторых случаях вместо прекращения обязательств по сделкам применительно к ликвидационному неттингу говорится об акселерации требований по ним. Так, согласно ст. 31(j) (i) Женевской конвенции о ценных бумагах<sup>45</sup> при наступлении события обращения взыскания (enforcement event) происходит акселерация обязательств сторон, при которой данные обязательства подлежат немедленному исполнению. Модельный закон о неттинге (2006) предусматривает, что при осуществлении неттинга происходят прекращение, ликвидация и/или акселерация платежных обязательств, обязательств по поставке или прав одной и более сторон по финансовым контрактам.

В определениях ликвидационного неттинга, содержащихся в законодательстве Евросоюза, прекращение обязательств упоминается наряду с возможностью их акселерации. В соответствии с пп. 98 п. 1 ст. 2 Директивы 2014/59/ЕС<sup>46</sup> под ликвидационным неттингом понимается механизм, посредством которого при обращении взыскания на обеспечение (enforcement event), обязательства сторон подлежат немедленному исполнению (акселерации) или прекращаются. Согласно п. (n) ст. 2(1) Директивы 2002/47/ЕС<sup>47</sup> при ликвидационном неттинге обязательства сторон подлежат немедленному исполнению (акселерации) или прекращению.

Представляется, что включение в процедуру ликвидационного неттинга акселерации требований по сделкам вместо прекращения обязательств по

---

<sup>45</sup> Available at: URL: <http://www.unidroit.org/instruments/capital-markets/geneva-convention> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>46</sup> Available at: URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0059> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>47</sup> Available at: URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0047> (дата обращения: 17.05.2019)

ним не влияет на возможность квалификации ликвидационного неттинга в качестве способа прекращения обязательств по следующей причине. За акселерацией требований следует их замена на полученное в результате оценки взаимных обязательств нетто-требование одной из сторон, т.е. все суммы имеющихся требования объединяются в единую сумму. В экономических терминах, портфель ранее существовавших сделок «ликвидируется» и обязательства по сделкам перестают существовать [Raech P., 2016: 855]. Таким образом, размеры заключенных до акселерации сделок имеют значение лишь для целей калькуляции единого компенсационного требования, которое будет предъявлено одной из сторон финансовым сделкам своему контрагенту в результате ликвидационного неттинга.

Определив правовую природу ликвидационного неттинга в качестве способа прекращения обязательств, перейдем к вопросу о праве, применимом к данному механизму. Согласно пп. 5 п. 1 ст. 1215 ГК РФ право, подлежащее применению к прекращению договора, определяется правом, применимым к самому договору. Такое положение полностью соответствует международной практике — по ст. 12.1(d) Регламента Рим I различные способы прекращения обязательств определяются правом, применимым к договору.

Соответственно, вопрос о применимом праве в отношении биржевых сделок разрешается следующим образом. Раздел о праве, применимом ко всем биржевым сделкам, совершаемым на определенной торговой площадке, может содержаться в самих биржевых правилах. Соответственно, такому применимому праву будут подчиняться все сделки, заключаемые на бирже, и порядок их прекращения, в том числе в результате осуществления ликвидационного неттинга. Если же такое положение отсутствует в правилах торгов или правилах клиринга, то применению будет подлежать право страны биржи. Согласно п. 5 ст. 1211 ГК РФ, в отношении договора, заключенного на аукционе, по конкурсу или на бирже, применяется право страны, где проводится аукцион или конкурс либо находится биржа.

Коллизионная проблема применительно к внебиржевому ликвидационному неттингу на основе стандартной документации разрешается следующим образом. Согласно Разделу 13 Генерального соглашения ISDA 2002 г., данный документ подчинен праву, указанному в Приложении, которое, в свою очередь, оставляет сторонам возможность выбора между английским правом и правом штата Нью-Йорк. Статьи о применимом праве также были включены в другие трансграничные стандартные генеральные соглашения. Так, согласно разделу 17 Генерального соглашения GMRA и п. 23.1 Генерального соглашения GMSLA, соглашение и любые внедоговорные обязательства, связанные с ним, подлежат толкованию в соответствии с английским правом.

Большой опциональностью в выборе применимого права обладают стороны Генерального соглашения IFEMA. Согласно пункту 9.1 «Применимое право» (Governing Law) соглашение подчиняется праву, указанному в Приложении, за исключением коллизионных норм такого права («without giving effect to its conflict of laws principles»). Часть XIII упомянутого Предложения допускает применение права США, Японии, а также Англии и Уэльса. В разъяснениях к документации IFEMA<sup>48</sup> указано, что юридическими консультантами из ряда стран (Бельгия, Канада, Дания, Франция и др.) подтверждена исполнимость положений о ликвидационном неттинге, содержащихся в Генеральном соглашении IFEMA.

При этом право, избранное сторонами в стандартном генеральном соглашении, распространяется на все заключаемые сделки, а соответственно и на процедуру ликвидационного неттинга, в силу принципа единого договора (single agreement). В разделе 1(с) Генерального соглашения ISDA 2002 г., все сделки, заключенные на основе генерального соглашения, представляют собой единый договор. В соответствии с разделом 13 Генерального соглашения GMRA, генеральное соглашение и сделки, заключаемые на его основе, представляют собой единое деловое и договорное отношение. Сходную формулировку содержит раздел 17 Генерального соглашения GMSLA, используемого для сделок займа ценных бумаг. В Генеральном соглашении IFEMA принципу единого договора посвящен отдельный пункт 2.2 «Единое соглашение», согласно которому само соглашение, условия каждой из сделок с иностранной валютой (если такие условия изложены в направляемых сторонами подтверждениях, то и такие подтверждения) и все изменения и дополнения к ним образуют договор между сторонами и должны считаться единым соглашением между сторонами.

Рамочное соглашение для срочных финансовых сделок (Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte), используемое для внутреннего немецкого рынка производных финансовых инструментов также основано на принципе единого договора — по пункту 1(2) Рамочного соглашения для срочных финансовых сделок, оно образует единый договор вместе с заключаемыми сделками. В немецкой доктрине принцип единого договора известен как Einheitsvertragskonzeption [Benzler M., 1999: 130]; [Böhm M., 2001: 112]. Его значение состоит не только в том, чтобы распространить право, избранное сторонами в генеральном соглашении, на все сделки, совершенные на его основе, но и добиться снижения риска отказа администратора банкротства от невыгодных для несостоятельного должника сделок [Fuchs F., 2013: 437].

Таким образом, вопрос о праве, применимом к ликвидационному неттингу в случае standard master netting agreements, не сложен. Избранное сторо-

<sup>48</sup> Available at: URL: <https://www.newyorkfed.org/medialibrary/microsites/fmlg/files/ifemagui.pdf> (дата обращения: 17.05.2019)

нами генерального соглашения право применяется к самому генеральному соглашению, всем сделкам, заключаемым на его основе, и к ликвидационному неттингу как процедуре прекращения обязательств по таким сделкам. Аналогичная ситуация наблюдается, если стороны используют для ликвидационного неттинга собственные рамочные соглашения, содержащие положения о применимом праве и основанные на принципе единого договора.

#### **4. Решение коллизионного вопроса применительно к ликвидационному неттингу при отсутствии соглашения сторон о выборе применимого права**

Выше рассмотрен вопрос о праве, применимом к биржевому ликвидационному неттингу и неттингу, осуществляемому вне организованных площадок на основе рамочных договоров. Однако теоретически возможна ситуация, при которой положения о ликвидационном неттинге будут включены в самостоятельное соглашение (*netting agreement*), которое не будет являться рамочным. Например, стороны из разных юрисдикций могут совершить несколько деривативных сделок друг с другом и впоследствии заключить соглашение о неттинге для прекращения обязательств и снижения рисков по таким сделкам.

Если самостоятельное соглашение содержит положения о применимом праве, то ликвидационный неттинг по такому соглашению будет осуществляться в соответствии с избранным правом вне зависимости от права, применимого к самим сделкам. Согласно п. 4 ст. 1210 ГК РФ, стороны могут выбрать право, подлежащее применению как к договору в целом, так и к отдельным его частям. Если предположить, что положения о прекращении сделок, содержащиеся в соглашении о неттинге, являются частью каждой прекращаемой сделки, то указанная норма позволяет снять противоречие между правом, применимым к прекращаемым сделкам и правом, применимым к ликвидационному неттингу в силу соглашения сторон.

Если применимое право в соглашении о неттинге не выбрано, то необходимо обратиться к праву, применимому к самим сделкам. Разумно предположить, что стороны, позабыв о выборе права в отношении договора о неттинге, осуществляют выбор права в отношении самих финансовых сделок. Однако коль скоро положения о выборе права могут отсутствовать в соглашении о неттинге, то целесообразно предположить их отсутствие и в самих финансовых договорах. Законодательство о МЧП содержит правила определения применимого права к некоторым договорам — продажа товаров, аренда, возмездное оказание услуг, франчайзинг и др. К примеру, такие положения включены в п. 1 ст. 4 Регламента Рим I и ст. 1211 ГК РФ.

Договоры, в отношении которых применяется ликвидационный неттинг, такие как деривативные сделки и договоры репо, относятся к «непоименованным» договорам, т.е. по отношению к ним отсутствует специальная коллизионная норма. По п. 1 ст. 1211 ГК РФ при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Пункт 2 ст. 4 Регламента Рим I использует термин «характерное исполнение» для целей определения стороны, право которой будет применяться к договору в отсутствие положений о применимом праве.

Поскольку ликвидационный неттинг обязан своим появлением внебиржевым производным финансовым инструментам [Keiser T., 2014: 56] и в отношении них в настоящее время ликвидационный неттинг применяется наиболее часто [Греков М.Н., 2012: 39], то представляется целесообразным обратить внимание именно на данный класс сделок. Затруднительность определения стороны, осуществляющей решающее (характерное) исполнение для сделок с форвардами, свопами, опционами и другими производными финансовыми инструментами была отмечена в иностранной литературе. Так, Дж. Йоварт и Р. Парсонс [Yeowart G., Parsons R., 2016: P. 299] констатируют трудность определения характерного исполнения в договоре процентного свопа, в котором платежи осуществляют обе стороны.

С. Джеймс указывает проблематичность определения характерного исполнения применительно к договорам свопа или конверсионным сделкам (foreign exchange contract) [James S., 1999: 208]. При этом автор предлагает руководствоваться местом нахождения сторон, используемыми валютами и рынком, на котором была заключена сделка. Ф. Вуд также выдвигает собственные предложения по определению применимого права в отношении опционного контракта, а также и кредитных дефолтных свопов, основанные на личном взгляде автора на правило наиболее тесной связи применительно к деривативным сделкам [Wood P., 2007: 88].

Предположим, что проблема выбора права применительно к деривативным сделкам, в отношении которых осуществляется ликвидационный неттинг, будет разрешена в силу наличия соглашения сторон о выборе права по прекращаемым сделкам или путем применения коллизионных принципов, предложенных иностранными учеными. Приходится констатировать, что наличие применимого права в отношении финансовых сделок далеко не во всех случаях приведет к разрешению вопроса о праве, применимого к самому ликвидационному неттингу. Данный механизм прекращения обязательств охватывает множество сделок, применимое право по отношению к которым может различаться.

Таким образом, мы сталкиваемся с несколькими правовыми системами, которые подлежат применению к единому способу прекращения обязательств, предусмотренному самостоятельным соглашением о неттинге. Данная проблема актуальна не только для финансовых деривативов, но и для любых других сделок, в отношении которых используется неттинг, — договоров репо, сделок займа ценных бумаг и конверсионных операций. Решением этой проблемы могла бы стать специальная коллизионная норма о праве, применимом к ликвидационному неттингу в отсутствие соглашения сторон о выборе применимого права, которая в настоящее время отсутствует в отечественном законодательстве.

Необходимо отметить, что в ходе подготовки Принципов неттинга УНИДРУА, которые опубликованы в 2013 г. и являются наиболее современным стандартом гармонизации отношений в области неттинга, неоднократно поднималась коллизионная проблематика. Это отражено в документах, размещенных на сайте УНИДРУА<sup>49</sup>. Предполагалось, что в окончательную версию документа войдет Принцип 9 «Право, применимое к положениям о ликвидационном неттинге»<sup>50</sup>. При этом Принцип 9 был направлен на признание права, избранного самими сторонами неттинга, и не содержал предложений о коллизионной норме, которая должна использоваться в отношении ликвидационного неттинга, если стороны не выбрали такое право самостоятельно. Но даже в «усеченном» виде Принцип 9 не вошел в финальную редакцию документа. Окончательная версия Принципов состоит из восьми разделов, среди которых нет положений о выборе права, применимого к неттингу. Как указывает Ф. Паеч, желание воздержаться от решения коллизионных вопросов при подготовке этого важнейшего документа было вызвано необходимостью сохранить некоторую степень неопределенности в регулировании отношений по ликвидационному неттингу [Paech P., 2014: 420]. Однако более обоснована позиция О. Бёгера, согласно которой необходимость специальной коллизионной нормы о неттинге является спорной [Böger O., 2013: 235].

Действительно, такая коллизионная норма требуется исключительно для нестандартных соглашений о неттинге, в которых отсутствуют положения о применимом праве. Однако подавляющее большинство сделок на финансовых рынках заключается на основе стандартной документации (ISDA, GMRA, GMSLA и других), содержащей положения о применимом праве, или на биржевых и торговых площадках. Как было обосновано в настоящей статье, право в отношении таких сделок успешно определяется на основе существующих коллизионных норм и институтов МЧП.

---

<sup>49</sup> Available at: URL: <http://www.unidroit.org/netting-preparatory-work> (дата обращения: 17.05.2019)

<sup>50</sup> Available at: URL: <http://www.unidroit.org/english/documents/2012/study78c/cge-02/cge-2-wp-02-e.pdf> (дата обращения: 17.05.2019)

## Заключение

Трансграничный ликвидационный неттинг осуществляется в двух формах — биржевой и внебиржевой ликвидационный неттинг. Если в первом случае порядок заключения, исполнения и прекращения финансовых сделок с иностранным элементом определяется правилами биржевых торгов или клиринга, то во втором случае имеет место использование стандартной документации, разработанной ведущими международными ассоциациями и объединениями участников финансовых рынков и кредитных организаций. Ядром такой документации во всех изученных случаях является двустороннее генеральное (рамочное) соглашение.

Определение права, применимого к ликвидационному неттингу, может быть осуществлено на основе коллизионной нормы о договорном зачете или на основе более общей нормы о порядке определения права, применимого к прекращению договорных обязательств, что кажется автору более оправданным с учетом комплексного характера ликвидационного неттинга. Оба подхода допускают возможность свободного выбора применимого права сторонами финансовых сделок, что находит отражение в биржевых правилах и трансграничных генеральных соглашениях. В последнем случае право, указанное в генеральном соглашении, будет распространяться на заключаемые на его основе сделки в силу принципа единого договора.

При отсутствии выбора права в отношении внебиржевого ликвидационного неттинга, разрешение коллизионного вопроса становится затруднительным в силу сложности определения стороны, осуществляющей характерное исполнение в рамках отношений по неттингу. Упущенная УНИДРУА возможность разработки соответствующей коллизионной нормы объясняется отсутствием практической необходимости в ее использовании благодаря наличию многообразных форм стандартной документации, проанализированных в статье. Данный вопрос приобретет актуальность в будущем лишь в случае отказа крупных корпораций и банков от использования стандартных генеральных соглашений при заключении трансграничных финансовых сделок, однако подобное развитие событий в настоящее время крайне маловероятно.



## Библиография

Греков М.Н. Правовая природа неттинга в деривативных договорах // Актуальные проблемы российского права. 2015. N 2. С. 84–91.

Канашевский В.А. Международное частное право. М.: Международные отношения, 2016. 1008 с.

- Липовцев В.Н. Lex mercatoria на международном финансовом рынке: дис. ... к.ю. н. М., 2013. 180 с.
- Селивановский А.С. Зачет, взаимозачет, неттинг? // Хозяйство и право. 2009. N 9. С. 57–61.
- Селивановский А. Некоторые соображения о «русской ISDA» // Хозяйство и право. 2009. N 10. С. 67–76.
- Benzler M. Nettingverbarungen im auserborslichen Derivatehandel. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. 409 S.
- Böger O. Close-out Netting Provisions in Private International Law and International Insolvency Law. *Uniform Law Review*, 2013, vol. 18, pp. 232–261.
- Böhm M. Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen. Berlin: Dunker & Humboldt, 2001, 308 S.
- Choudhry M. *The Repo Handbook*. Oxford: Elsevier, 2010. 579 p.
- Fuchs F. Close-out Netting, Collateral und systemisches Risiko: Rechtsansätze zur Minderung der Systemgefahr im außerbörslichen Derivatehandel. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. 437 S.
- Goode R. *Principles of Corporate Insolvency Law*. London: Sweet and Maxwell, 2011. 1081 p.
- Gregory J. *Counterparty Credit Risk: The New Challenge for Global Financial Markets*. Chichester, 2010. 448 p.
- Huang J. *The Law and Regulation of Central Counterparties*. Oxford, 2010. 225 p.
- Jonson V. International Financial Law: the Case against Close-out Netting. *Boston University International Law Journal*, 2015, vol. 33, pp. 101–125.
- Johnston W., Werlen T. *Set-Off Law and Practice: An International Handbook*. Oxford, 2006. 497 p.
- Keiser T. *Transnational Securities Law*. Oxford, 2014. 352 p.
- Mantysaari P. *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law: Vol. II: Contracts in General*. Berlin-Heidelberg, 2010. 426 p.
- Paech P. Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws. *Journal of Corporate Law Studies*, 2014, vol. 14, pp. 419–452.
- Paech P. The Value of Financial Market Insolvency Safe Harbours. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016, no 4, pp. 844–883.
- Yeowart G., Parsons R. On the Law of Financial Collateral. Cheltenham, 2016. 835 p.
- Wood P. *Conflict of Laws and International Finance*. Vol. 6. London, 2007. 696 p.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 2

### Cross-Border Close-Out Netting and the Choice of Applicable Law



**Aleksey P. Klementiev**

Postgraduate Student, Department of International Public and Private Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: aklementiev@hse.ru

## Abstract

The subject of this article is the choice of governing law in respect of cross-border close-out netting. This instrument is used to reduce the risks associated with derivative financial instruments, repurchase agreements, securities lending and foreign exchange transactions on international financial markets. Cross-border close-out netting is carried out on the basis of standard master agreements that form a part of standard documentation developed by international associations of financial markets participants. Also, the conduct of close-out netting following the events of default is prescribed by exchange rules. Some definitions of close-out netting contained in legislative and doctrine lead to the conclusion a conflict-of-laws rule on set-off may be applied to close-out netting. Since mutual offsetting of transaction claims is merely the final stage of the entire netting procedure, the qualification of the mechanism in question as a contractual method of termination of obligations is more justified. This approach makes it possible to determine the applicable law in respect of close-out netting carried out in respect of international standard documentation, as well as of on-exchange close-out netting. However, the issue of governing law in respect of close-out netting in non-standard agreements in case of absence of the choice of law by the parties remains unresolved. The rule on the choice of law applicable to close-out netting is currently absent in the domestic legislation on private international law. The conflict-of-laws issue related to the application of close-out netting in cross-border transactions was raised during the preparation of an international instrument in the field of netting by UNIDROIT. However, the recommendations regarding the applicable law were not included in its last version. Presumably, the lack of progress in the development of a special conflict-of-laws rule on netting is to be caused by practical reasons rather than by theoretical ones. Traditionally, over-the-counter close-out netting is carried out using standard documentation containing provisions on the choice of applicable law, which are recognized by all leading jurisdictions.

## Keywords

close-out netting, applicable law, conflict of laws, set-off, termination of obligations, master agreements, netting agreements, financial contracts.

**For citations:** Klementiev A.P. (2019) *Cross-Border Close-Out Netting and the Choice of Applicable Law*. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 209–232 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.209.232

## References

- Benzler M. (1999) *Nettingverbarungen im auserborslichen Derivatehandel*. Baden-Baden: Nomos, 409 S. (in German)
- Böger O. (2013) Close-out Netting Provisions in Private International Law and International Insolvency Law. *Uniform Law Review*, vol. 18, pp. 232–261 (in English)
- Böhm M. (2001) *Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen*. Berlin: Dunker & Humboldt, 308 S. (in German)
- Choudhry M. (2010) *The Repo Handbook*. Oxford: Elsevier, 579 p. (in English)
- Fuchs F. (2013) *Close-out Netting, Collateral und systemisches Risiko: Rechtsansätze zur Minderung der Systemgefahr im außerbörslichen Derivatehandel*. Tübingen: Mohr Siebeck, 437 S. (in German)

- Goode R. (2011) *Principles of Corporate Insolvency Law*. London: Sweet and Maxwell, 1081 p. (in English)
- Gregory J. (2010) *Counterparty Credit Risk: The New Challenge for Global Financial Markets*. Chichester: John Wiley, 448 p. (in English)
- Grekov M.N. (2015) Legal Nature of Netting in Derivative Contracts. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 2, pp. 84–91 (in Russian)
- Huang J. (2010) *The Law and Regulation of Central Counterparties*. Oxford: Bloomsbury, 225 p. (in English)
- Jonson V. (2015) International Financial Law: the Case against Close-out Netting. *Boston University International Law Journal*, vol. 33, p. 101–125 (in English)
- Johnston W., Werlen T. (2006) *Set-Off Law and Practice: An International Handbook*. Oxford: Oxford University Press, 497 p. (in English)
- Kanashevskiy V.A. (2016) *International Private Law*. Moscow: Mezhdunarodnye otnoshe-niya, 1008 p. (in Russian)
- Keiser T. (2014) *Transnational Securities Law*. Oxford: Oxford University Press, 352 p. (in English)
- Lipovtsev V.N. (2013) Lex mercatoria on the International Financial Market. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 180 p. (in Russian)
- Mantysaari P. (2010) *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law*. Vol. II. Berlin-Heidelberg: Springer, 426 p.
- Paech P. (2014) Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws. *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 14, pp. 419–452 (in English)
- Paech P. (2016) The Value of Financial Market Insolvency Safe Harbors. *Oxford Journal of Legal Studies*, no 4, pp. 844-883 (in English)
- Selivanovskiy A.S. (2009) Off-set, mutual off-set, netting? *Khozyaystvo i pravo*, no 9, pp. 57–61 (in Russian)
- Selivanovskiy A. S. (2009) Speculations on Russian ISDA. *Khozyaystvo i pravo*, no 10, pp. 67–76 (in Russian)
- Wood P. (2007) *Conflict of Laws and International Finance*. Vol. 6. London: Sweet and Maxwell, 696 p. (in English)
- Yeowart G., Parsons R. (2016) *On the Law of Financial Collateral*. Cheltenham: Edward Elgar, 835 p. (in English)

# Юридическая экспертиза проектов международных актов: новые грани

---



## **А.А. Каширкина**

ведущий научный сотрудник отдела научного обеспечения секретариата делегации России в Европейской комиссии за демократию через право Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: anna-kash@yandex.ru



## **А.Н. Морозов**

ведущий научный сотрудник отдела зарубежного конституционного, административного, уголовного законодательства и международного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: ccla1@izak.ru

---



## **Аннотация**

В статье исследуются международно-правовые акты, разрабатываемые в рамках межгосударственных объединений, регламентирующие порядок экспертизы проектов правовых актов, принимаемых их органами. Целью статьи является выработка новых подходов к экспертизе проектов международных правовых актов как важнейшей составляющей юридической экспертизы. Среди методов, использованных авторами, диалектический, формально-логический, системно-структурный, исторический, формально-юридический и сравнительно-правовой методы, а также методы толкования права, экспертного оценивания, правового моделирования и прогнозирования. Подчеркивается значение экспертной деятельности для подготовки международных правовых актов, которая способствует более эффективному применению норм международного права, поскольку они не только регламентируют отношения в рамках соответствующих международных организаций и межгосударственных интеграционных объединений, но и входят в качестве составной части в российскую правовую систему. На основе анализа правовой базы экспертизы проектов правовых актов в международных организациях сформулированы предложения и рекомендации, направленные на совершенствование международно-правовых механизмов по экспертизе проектов правовых актов Евразийского экономического союза. Экспертиза проектов международных правовых актов является по содержанию и методам качественно иной деятельностью, чем экспертиза проектов внутригосударственных правовых актов; она требует специальных знаний, в том числе разработки оригинальной методологии. В данную методологию должны входить как юридические, так и мультидисциплинарные научные методы (экономический анализ, социальное измерение, моделирование, прогнозирование); базовые компоненты экспертизы проектов международных правовых актов заключаются в правовой, научно-лингвистической и юридино-технической экспертизе. При необходимости могут проводиться другие виды экспертиз, признанные целесо-

образными. Экспертиза проектов международных правовых актов необходима актам, принимаемым в рамках Евразийского экономического союза. ЕАЭС активно развивает свою международно-правовую базу, его органы принимают решения, имеющие обязательный характер для всех членов ЕАЭС, в том числе для России, включая органы государственной власти, бизнес-сообщество, граждан.

---



### Ключевые слова

экспертиза, международные правовые акты, международные организации, Евразийский экономический союз, Европейский союз, Совет Европы, международные договоры.

---

**Для цитирования:** Каширкина А.А., Морозов А.Н. Экспертиза проектов международных актов: новые грани юридической экспертизы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 233–254.

УДК: 342

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.233.254

## Введение

Нормы международного права и общепризнанные принципы международного права являются составной частью правовой системы Российской Федерации. Поскольку ч. 4 ст. 15 Конституции России устанавливает приоритет ее международных договоров по отношению к законодательству, очевидно, что они имеют важнейшее значение для всех органов государственной власти. Но имплементация норм международного права в национальное законодательство — процесс многогранный и имеющий немало «подводных камней». Это отражено в науке международного права и юридической доктрине в целом. Однако роль международных правовых актов для национальной правовой системы нельзя недооценивать. Во-первых, международные договоры, действующие согласно Федеральному закону от 15.07.1995 № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» могут применяться непосредственно: их положения могут быть самоисполнимыми, если не требуют для реализации изменений законодательства. Таким образом, удельный вес регулятивных возможностей самоисполнимых положений международных договоров является весьма высоким. Во-вторых, интеграционные процессы, происходящие в мире, существенно расширяют «зону покрытия» и «радиус действия» международных правовых актов. Россия участвует в сотрудничестве государств в форме различных международных организаций и объединений — ООН, Всемирной торговой организации (ВТО), Содружества независимых государств (СНГ), Шанхайской организации сотрудничества (ШОС) и др. В-третьих, Российская Федерация яв-

ляется локомотивом развивающегося Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС), который реализует активную политику посредством актов, принимаемых его органами.

Экспертиза международных правовых актов позволяет решить следующие задачи: 1) готовить качественный международный правовой акт, соблюдающий баланс интересов всех сторон межгосударственного сотрудничества; 2) предвидеть и, по возможности, избегать противоречий с законодательством государств-участников; 3) рассчитывать финансовые издержки и другие социально-экономические последствия принятия акта; 4) формировать прогнозы на краткосрочную, среднесрочную, долгосрочную перспективу развития межгосударственного сотрудничества в сфере, затрагиваемой актом, если он имеет стратегическое либо концептуальное значение; 5) определять оптимальные пути имплементации положений международного акта в национальное законодательство, а также потенциальные коллизии, лежащие на пути имплементации; 6) произвести корректировку национального законодательства в части гармонизации с положениями международного правового акта.

Значение подготовки международных правовых актов на уровне экспертной деятельности способствует более эффективному применению как законодательства, так и норм международного права, поскольку и те, и другие входят в правовую систему России. В целом правовая экспертиза различных видов находится в фокусе научных и прикладных исследований.

## **1. Анализ зарубежной и российской юридической доктрины о правовой экспертизе**

В зарубежной доктрине сформированы правовые подходы к экспертной работе в сфере международно-правового регулирования. В них представлен широкий диапазон исследований в таких аспектах, как гражданское право и экспертиза в гражданско-правовых отношениях, проведение различного вида судебных экспертиз, теоретические подходы к экспертологии, экспертиза и ее результаты как доказательства в судебном процессе, соотношение экспертологии с другими видами наук, правовой статус и роль судебных экспертов, криминологическая экспертиза и ее объективные и субъективные показатели и др. Подчеркивается значение экспертов при разработке международно-правовых документов и принятии решений на международном уровне, делается акцент на роли юридической экспертизы в вопросе повышения эффективности международного права [Leander A., Aalberts T., 2013: 783–792].

Специальным образом анализируются вопросы, связанные с экспертизой в процессе рассмотрения гражданских дел в Европейском союзе [Cuniberti G., 2015]. Вместе с тем в этом труде не затрагиваются вопросы

правовой регламентации экспертизы проектов правовых актов ЕС, хотя под эгидой этого межгосударственного объединения принят ряд программных и концептуальных документов, посвященных экспертологической деятельности. В то же время сказанное не снижает ценности означенных работ, поскольку их цели были направлены на другие не менее важные предметы научного анализа, лежащие в широкой плоскости экспертологии как науки.

Многие ученые-юристы, исследующие правовую систему Евросоюза, исходят из того, что она основывается на принципе верховенства права [Theophylactou D., 2010: 2–3]. Это необходимо иметь в виду при построении концепции экспертизы проектов международно-правовых актов.

Результаты международно-правового и компаративистского анализа научной литературы говорят, что в процессе экспертизы проектов международных актов необходимо учитывать соотношение и взаимодействие международного и национального регулирования, иметь в виду, что эти правовые системы не находятся в статическом состоянии, их следует рассматривать в динамике [Goldsmith J., Posner E., 2005: 83–107].

Также в зарубежной доктрине активно исследуется вопрос о так называемой гуманитарной экспертизе, куда входят различные виды экспертиз, осуществляемые с помощью естественнонаучных методов познания и отражающих социальную, психологическую и другие стороны общественной жизни [Chi M., Glaser R., Farr M., 2009: 470].

Однако в изученных трудах нет предложений по осуществлению экспертизы непосредственно проектов международно-правовых актов, включая разрабатываемые в рамках межгосударственных интеграционных объединений. Вместе с тем тематика международно-правовой экспертизы для анализа проектов международных правовых актов без акцентуации, но все-таки упоминается в ряде трудов зарубежных ученых.

По нашему мнению, для разработки методики экспертизы проектов международно-правовых актов необходимо правильно выбрать юридическую форму самой такой методики. В международно-правовом регулировании оптимальным было бы закрепить принципы и подходы к осуществлению экспертизы на уровне рекомендательного или акта «мягкого» права, что находит подтверждение в зарубежной доктрине, поскольку таковое способно вместить в себя различные подходы, которые в настоящее время не объективированы в «жесткие» правовые рамки [Shelton D., 2006: 292]; [Lawson C., 2013: 1–7]; [Veiga A., Amaral A., 2012: 121–140].

В белорусской школе международного права выделяется работа Н.В. Шакель, которая рассматривает деятельность судебных экспертов в ЕС на примерах конкретных дел и формулирует принципы функционирования экспертов в различных областях деятельности. Вместе с тем автор справедливо

указывает на недостаточный уровень исследований по данной тематике как в зарубежных работах, так и в своей стране [Шакель Н.В., 2015: 12–17].

В отечественной науке отметим фундаментальную работу профессора А.В. Нестерова «Экспертка: общая теория экспертизы», изданную НИУ ВШЭ в 2014 г. В указанном комплексном научном труде исследуется широкий спектр как теоретических, так и практических проблем в сфере экспертизы, анализируется законодательство России в сфере экспертного дела, виды и формы экспертиз, пробелы и проблемы в регулировании работы экспертов, соотношение экспертизы с другими видами наук и другие важнейшие вопросы. Следует согласиться с А.В. Нестеровым, что «наличие глобализации экономики приводит к необходимости устранения дискриминационных барьеров в торговле и конкуренции на рынках как движущей силы экономического развития. Интернационализация права приводит к необходимости гармонизации национального законодательства с нормами международного права...» [Нестеров А.В., 2014: 259]. Данный посыл служит отправной точкой для начала формирования концепции международной экспертизы проектов международных правовых актов, поскольку ее роль в современных условиях будет неуклонно расти и требовать всестороннего научного анализа.

В рамках настоящего исследования мы также исходим из солидарной с А.В. Нестеровым позиции, что разработки различных теорий, включая международную экспертизу проектов международных правовых актов необходимы, поскольку исследования в сфере экспертизы будут нарастать по мере расширения и углубления методов и способов познания, включая компьютеризацию и информационно-технический прогресс. При этом «экспертка как наука, объединяющая различные теории в ее рамках, позволяет на основе сформированных ее принципов и выявленных закономерностей помочь ученым, исследующим различные виды экспертной деятельности, типы, классы и/или роды экспертизы, привести частные теории и/или создать их в соответствие с общетеоретическими рекомендациями общей теории экспертизы, а также избежать ошибок эмпирического поиска и ускорить общие процессы развития экспертизы» [Нестеров А.В., 2014: 259–260].

Исходя из этого, мы стоим на позициях плюралистических подходов к экспертологии и полагаем, что формирование подходов к оценке проектов международных правовых актов именно как к экспертной деятельности в рамках глобализирующихся связей в обществе и в мире в целом будет полезно как российской юридической науке, так и правоприменительной практике в связи с возрастающей ролью и значимостью международного правового регулирования. Кроме того, рассмотренные в настоящем исследовании новаторские подходы к международной экспертизе могут быть полезны специалистам, занимающихся внутригосударственными экспертизами, поскольку международная экспертиза проектов международных актов при

имплементационной деятельности может быть сопряжена и с внутригосударственными экспертизами.

В то же время юридическая экспертиза подобных актов — процесс, мало изученный российской юридической наукой, в отличие от экспертизы проектов внутригосударственных актов [Барциц И.Н. 2001: 61–70]; [Тихомиров Ю.А., 2009: 14–21]; [Хабриева Т.Я., 2009: 5–13]; [Власенко Н.А., 2011: 10–18]; [Пиголкин А.С., Рахманина Т.Н., Абрамова А.И., 1997: 16–23]; [Южаков В.Н., 2004: 34–37], хотя знания в этой области являются необходимой составляющей для понимания в последующем имплементационных возможностей и последствий реализации подобных актов, что в конечном счете отражается на механизмах правового регулирования.

Необходимо также выделить такую форму экспертизы, как внешнеполитическая, которая отражена в современных исследованиях [Макарычев А.С., 2015: 9–26]. В обозначенных работах внешнеполитическая экспертиза посредством выработки политико-академическим сообществом различных оценок способствует определению внешнеполитического курса государства. Данный вид экспертизы, по нашему мнению, в большей степени носит политологический характер, а международная составляющая в подобных экспертизах не является правовой, что отличает внешнеполитическую экспертизу от подходов, разрабатываемых в рамках настоящей статьи.

Таким образом, юридическая экспертиза нормативных правовых актов и их проектов как специальная деятельность по исследованию регулятивных свойств актов или их проектов приобретает все большее значение в правотворческой и правоприменительной практике как на международно-правовом, так и внутригосударственном уровнях.

Как и экспертиза проектов внутригосударственных правовых актов, экспертиза проектов международных актов предполагает как юридическую их оценку (правовая экспертиза), так и оценку с точки зрения профильной направленности (специализированная экспертиза). При этом научная экспертиза должна быть направлена, в том числе на определение возможных коллизий от принятия правового акта, содержать указание на оценку возможных рисков и рекомендовать возможные способы их устранения или минимизации, а также давать независимое толкование.

С правовой точки зрения формы и виды проводимых экспертиз проектов международных правовых актов должны быть обоснованы и адекватны как уровню принимаемого акта, так и специфике правового регулирования, содержащегося в нем. Можно выделить базовые компоненты экспертизы, которые должны применяться в отношении проектов международных правовых актов, а именно: 1) правовую экспертизу (включая международно-правовую); 2) научно-лингвистическую экспертизу; 3) юридико-технической экспертизу. Другие виды экспертиз проектов международных правовых актов могут проводиться

дополнительно при обосновании их необходимости, целесообразности и результативности с точки зрения содержания и целей разрабатываемого акта.

Так, например, при объективной нацеленности на принятие решения в сфере, затрагивающей социально-экономические аспекты сотрудничества государств — членов интеграционных объединений, целесообразно проведение экономической экспертизы. При регулировании международно-правовым актом вопросов, касающихся состояния окружающей среды, даже если это является опосредованным влиянием правового регулирования, необходима экологическая экспертиза для предотвращения и минимизации негативных воздействий на окружающую среду. При разработке и принятии резонансных проектов нормативных правовых актов в отдельных случаях возможна общественная экспертиза проекта акта. В частности, в Европейском Союзе практика общественных обсуждений актов Комиссии и Парламента (как проектов, так и уже принятых) касается экспертного оценивания данных актов деятелями бизнеса, профсоюзов, различными социальными слоями и группами. По нашему мнению, такие виды экспертиз должны являться дополнительными и иметь характер факультативных, т.е. назначаемых при необходимости помимо базовых видов экспертиз.

При этом научная экспертиза проектов правовых актов органов межгосударственных объединений должна проводиться ведущими научными организациями и (или) высшими учебными заведениями соответствующего профиля, экспертами, привлекаемыми из числа ученых, имеющими значительный опыт и международное признание в соответствующей области. При научной экспертизе эксперты научных организаций и (или) высших учебных заведений соответствующего профиля должны в обязательном порядке обладать соответствующей квалификацией по знанию международного права и правового регулирования в рамках соответствующего межгосударственного объединения. Это должно быть объективно подтверждено научными публикациями, монографиями, научно-практическими пособиями, работой в качестве эксперта в интеграционных объединениях и структурах, функционирующих на постсоветском пространстве, выступлениями на международных конференциях и симпозиумах по проблемам международного и интеграционного права.

## **2. Экспертиза проектов правовых актов в рамках Евросоюза**

Несомненно интересны различные грани экспертной деятельности при разработке проектов правовых актов под эгидой Европейского союза (далее — ЕС). Примечательно, что в ЕС существует налаженная и формализованная система оплаты экспертизы проектов нормативных актов, разрабатываемых экспертными группами Комиссии ЕС. В соответствии с Решением

Комиссии ЕС от 8.04.2014, которое устанавливает условия назначения надбавки участникам экспертных групп Комиссии, членам таких групп могут быть возмещены расходы на проезд и проживание, если таковые осуществлялись при проведении экспертизы. В то же время принципиально, что экспертная работа в Комиссии осуществляется на безвозмездной основе, за исключением случаев, отнесенных к «особому резерву» или выплаты вознаграждений членам из числа приглашенных экспертов в должным образом обоснованных случаях. Однако указанный документ не устанавливает критериев<sup>1</sup>.

В 2012 году под эгидой Парламента ЕС было подготовлено и опубликовано обширное руководство по разработке законодательства ЕС, в котором подробно описываются все этапы нормотворческого процесса (разработки и принятия актов ЕС)<sup>2</sup>. Согласно его положениям, разработка законодательства Союза начинается в Комиссии ЕС, где происходит подготовительная и техническая работа над первичным вариантом проекта акта. Его обсуждают сотрудники Комиссии. После одобрения Комиссией первичный вариант направляется в Парламент и Совет, где проходит начальный этап обсуждения на предмет необходимости для политики ЕС и качества правового регулирования, содержащегося в проекте акта. Таким образом, три главных органа Евросоюза — Комиссия, Парламент и Совет исследуют проект акта с целью выработки компромиссного варианта. Как и Комиссия, Парламент создает группы экспертов, включающих как деятелей власти государств-членов ЕС, так и деятелей академических и профессиональных кругов с целью независимой и комплексной оценки проекта акта.

Разработка и принятие при активном участии Комиссии, Парламента и Совета законодательства ЕС составляют основу «метода Союза», где влияние каждого органа ограничено и уравновешено друг другом. При этом законодательная инициатива в соответствии с Договором о Евросоюзе принадлежит Комиссии, которая принимает решение о содержании правового акта и его форме. Кроме того, установлено «правило языка», в соответствии с которым проект акта, входящего в законодательство ЕС, должен быть подготовлен на всех официальных языках государств-членов ЕС и опубликован в журнале Союза.

Отдельное внимание в рассматриваемом документе Евросоюза уделяется способам принятия либо преобразования правового акта Союза. Помимо разработки и принятия нового акта, внимания экспертов заслуживают такие юридические процессы, как внесение поправок, дополнений и изменений в действующий акт, консолидация, кодификация, трансформация. При

---

<sup>1</sup> Commission Decision of 8.04.2014 on conditions for granting a special allowance to participants in the activities of a Commission expert group, as provided for in the horizontal rules for Commission expert groups (C(2010)7649). Available at: URL: [http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/PDF/C\\_2014\\_2220\\_F1\\_COMMISSION\\_DECISION\\_EN\\_V3\\_P1\\_761284.pdf](http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/PDF/C_2014_2220_F1_COMMISSION_DECISION_EN_V3_P1_761284.pdf) (дата обращения: 30.11.2018)

<sup>2</sup> Drafting European Union Legislation. Available at: URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462442/IPOL-JURI\\_NT\(2012\)462442\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462442/IPOL-JURI_NT(2012)462442_EN.pdf) (дата обращения: 25.11.2018)

этом в целях качества проекта, независимо от избранного способа нормотворчества, весь процесс, включая каждую его стадию, должен быть проведен со строгим соблюдением всех установленных требований. Очевидно, подобный процесс предполагает временные затраты.

Анализ актов ЕС, показывает, что у данного межгосударственного интеграционного объединения имеется интересный опыт как в подходах к экспертизе правовых актов, так и в методологии и способах такой экспертизы. Следует отметить прогрессирующее использование в ЕС для общественной экспертизы проектов правовых актов их обсуждение в Интернете с гражданами ЕС, бизнес-сообществом, всеми заинтересованными кругами. Еще в 2001 г. Комиссия ЕС приняла Белую книгу об европейском управлении, где в рамках крупномасштабной реформы управления закрепила улучшение качества подготовки актов Союза, в том числе за счет: 1) консультаций заинтересованных сторон и экспертиз для оценки воздействия всех вариантов; 2) дальнейших усилий к улучшению качества подготовки проектов актов; 3) более тесной координации работы различных учреждений Союза; 4) повышения прозрачности законодательного процесса, особенно в части подготовки и опубликования пояснительных записок, справок и комментариев к проектам актов, привлечения телерадиовещания, проведения публичных дебатов, пресс-конференций, иных обсуждений; 5) улучшения доступа к законодательству ЕС, в том числе через специализированную базу EUR-Lex<sup>3</sup>. Белая книга выделила следующие принципы подготовки и использования экспертных заключений: подотчетность, плюрализм и целостность, которые должны применяться в контексте других общих принципов лучшего управления, а именно, качества, открытости, участия, эффективности, согласованности, соразмерности и subsidiarity.

Принцип качества экспертных заключений напрямую зависит от научных знаний экспертов, участвующих в работе. Требования к их высокому профессиональному статусу должны подтверждаться в том числе такими показателями, как публикации по теме экспертизы и их цитируемость в международных реферируемых базах. Для увеличения инициатив в области улучшения качества научных знаний под эгидой Комиссии ЕС с 2000-х годов реализуется План действий «Наука и общество», который включает в себя запуск электронной системы «Научная информация по поддержке политики Союза в Европе» и единый веб-портал, обеспечивающий доступ к информации о консультативных процедурах, к которым относится экспертиза проектов правовых актов Комиссии.

Принципы открытости и участия находятся в тесной взаимосвязи с принципом плюрализма, который предполагает, что при подготовке и проведе-

---

<sup>3</sup> European Governance. White Paper. Available at: URL: [https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/communication-white-paper-governance-com2001428-20010725\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/communication-white-paper-governance-com2001428-20010725_en.pdf) (дата обращения: 30.11.2018)

нии экспертизы везде, где это возможно, должны быть собраны разнообразные точки зрения. Эти разнообразные точки зрения могут быть следствием различий в научных подходах (доктринальных различий), различной институциональной принадлежности экспертов или же более явных противоречий, лежащих в основе фундаментального видения проблемы. В зависимости от важности вопроса и стадии в цикле политики принцип плюрализма также влечет за собой проведение при необходимости междисциплинарной и межсекторальной экспертиз, а также мультидисциплинарной экспертизы.

Принцип открытости также предполагает раскрытие информации о результатах экспертизы в соответствии с Регламентом (ЕС) № 1049/2001 о публичном доступе к документам Европарламента, Совета и Комиссии и Регламента (ЕС) № 1045/2001 о защите данных. Последний имеет важное значение для экспертной работы органов ЕС, поскольку указывает, что принцип открытости не является абсолютным. Его реализация должна быть строго адаптирована и пропорциональна задачам политики ЕС в сфере управления в каждом конкретном случае. Однако там, где это возможно и целесообразно, следует стремиться сделать консультативную и экспертную деятельность органов ЕС как можно более прозрачной.

Рассматриваемый документ указывает, что Комиссия должна гарантировать применение эффективных методов сбора и использования экспертных заключений. Данный принцип должен обеспечиваться комплексом мероприятий, в центре которых оценка задач и затрат на проведение конкретной работы, их взвешивание и выработка механизма возможной минимизации затрат и повышению качества и результативности<sup>4</sup>.

Внедрение в экспертную работу органов Комиссии ЕС новых технологий отражает общие тенденции в развивающихся и глобализирующихся связях власти и общества, преодоления их оторванности друг от друга, а значит, и недоверия. Органы власти должны быть заинтересованы в подготовке улучшенного правового акта по сравнению с предшествующими. Отсюда вытекает необходимость постоянного совершенствования не только управления в целом, но и его составляющих, включая качество правового акта. В соответствии с анализируемыми документами можно заключить, что эта тенденция проникла и в сферу международного управления ЕС, в частности, Комиссии ЕС. Так, за счет изучения, оценивания и сопоставления лучшего опыта не только институтов власти, но и компаний для его использования в собственной работе все чаще находит отражение практика бенчмаркинга. В экспертной деятельности одной из первых форм бенчмаркинга было заимствование использования различных вопросников для более полного

---

<sup>4</sup> Register of Commission expert groups and other similar entities. Available at: URL: <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/> (дата обращения: 25.11.2018)

экспертного анализа информации. Сейчас этот метод распространен и при проведении комплексных экспертиз правовых актов в ЕС.

### **3. Экспертиза проектов правовых актов под эгидой Совета Европы**

В практике Совета Европы (далее — СЕ) проекты правовых актов, принимаемых органами СЕ, подлежат тщательной экспертизе. При этом помимо правовой (научно-правовой), лингвистической, юридико-технической и антикоррупционной экспертиз, являющихся основными, применяются экспертизы экономическая, социальная, демографическая, гендерная, экологическая, общественная. Если проект акта нуждается сразу в нескольких дополнительных экспертизах, проводятся экспертизы комплексная или мультидисциплинарная. Мультидисциплинарная экспертиза проектов правовых актов является новым элементом современных юридических технологий и пришла в право, распространившись в других областях: медицине, генетике, инженерии). Ее подходы в праве не сводятся к механическому объединению ряда экспертиз, а предполагают их обобщение на основе междисциплинарного подхода и создание экспертной «матрицы», где все экспертизы будут налагаться одна на другую, высвечивая перспективы принятия и реализации проекта правового акта в различных измерениях (например, для разных групп населения, на краткосрочную, среднесрочную и долгосрочную перспективы, в случае изменения климата, демографической ситуации и т.д.)

Разумеется, такой вид экспертизы является весьма сложным и затратным как с точки зрения ее организации и прохождения, так и с точки зрения финансовых и временных затрат. Но если принимать во внимание, что вопросы деятельности и оплаты труда экспертов проработаны и налажены как с формально-правовой, так и с фактической стороны, проведение мультидисциплинарной экспертизы является вполне посильной задачей, а польза от такой экспертизы при принятии важных международно-правовых актов несомненна и оправдана, даже если такое заключение в итоге будет отрицательным.

Мультидисциплинарная экспертиза проектов нормативных правовых актов: 1) позволяет не только определять прямые (горизонтальные) связи между принятием акта и его последствиями, но и расширенно учитывать возможные коллизии, нестыковки при максимальном охвате сфер правового регулирования, времени и условий; 2) основывается на различных экспертных данных и проводится с широким привлечением специалистов из разных областей знаний; 3) предполагает создание и учет как футурологических, так и ретроспективных моделей анализа правового акта, включая динамику процессов и их различный характер; 4) проводится с привлечением

широкого спектра информационных технологий, включая ресурсы Интернета и специализированных систем.

Анализ подходов, используемых в рамках Совета Европы, к экспертизе проектов нормативных правовых актов отчетливо прослеживается на примере деятельности Комиссии Совета Европы за демократию через право (далее — Венецианская комиссия) [Хабриева Т.Я., Лафитский, 2014: 41–89]. В связи с этим отметим, что общие подходы к экспертированию проектов нормативных правовых актов, осуществляемые Венецианской комиссией, позволяют сделать следующие выводы:

в рамках данного консультативного органа Совета Европы отсутствуют документы, определяющие порядок экспертизы актов, принимаемых к рассмотрению Венецианской комиссией. Так, на основе Устава и Регламента Комиссии устанавливается общая правовая основа деятельности Комиссии и структура Комиссии;

представительство членов Совета Европы в Венецианской комиссии основывается не на государственной и политической принадлежности, а на принципах беспристрастности и объективности оценок, что, тем не менее, отнюдь не исключает политизированности заключений данного органа и, по нашему мнению, упора на «западноевропейские эталонные ценности» при экспертизе проектов правовых актов отдельных государств;

для Венецианской комиссии при экспертизе характерна обширная научно-консультативная деятельность, включающая различные встречи, переговоры, семинары, конференции, в чем активно участвует научный совет;

экспертами Комиссии, готовящими проекты консультативного заключения по проекту нормативного правового акта или по уже принятому правовому акту государства–члена Совета Европы, являются не только юристы, но и специалисты смежных с правом областей;

аналогичный подход применяется и при подборе внешних экспертов, что, по мнению Комиссии, способствует плюрализму мнений и наиболее демократической оценке;

за основу экспертных оценок в Комиссии, помимо убеждений экспертов, принимаются европейские стандарты в области конституционализма, защиты прав человека, международного права, в трактовках, осуществляемых актами и органами Совета Европы, включая ПАСЕ и Европейский Суд по правам человека.

#### **4. Экспертиза проектов правовых актов Евразийского экономического союза**

Для государственных органов всех уровней в России важное значение имеет качество подготовки международных актов, принимаемых в рамках

ЕАЭС. В частности, сравнительно-правовой анализ экспертной деятельности, а также ее нормативно-правовой регламентации в рамках межгосударственных объединений показывает, что важным фактором, обуславливающим качество международно-правовой базы в целом, а также существенно влияющим на подготовку проектов правовых актов органов ЕАЭС, является его понятийно-терминологическая обеспеченность.

Понятийно-терминологический аппарат определяет содержательную культуру законотворческого процесса, его ориентационную прагматику. Понятие определяет и обуславливает логико-семантическое начало любого юридического правила, в том числе при конструировании международно-правовой нормы. Специфика международно-правового регулирования в том, что оно не может базироваться исключительно на использовании понятий внутригосударственного законодательства; необходимо развитие юридического категориального аппарата, конструируемого для целей международно-правового сотрудничества государств. В данном случае для экспертизы проектов правовых актов органов ЕАЭС необходимо не только ориентироваться на понятийную структуру его права в соответствии с Договором о ЕАЭС и актами его органов, но и создавать новые юридические понятия, которые затем будут введены в международно-правовое регулирование ЕАЭС.

В международно-правовом понятийно-терминологическом аппарате главным выступает требование смысловой согласованности и точности используемых в правовых органах ЕАЭС понятий. Четкость правовых понятий и их терминологических обозначений определяют их ясность для правоприменителя, точность юридических норм, а значит, и их потенциальную эффективность.

Научно-лингвистическая экспертиза — необходимое условие проектирования международных правовых актов, включая акты органов ЕАЭС. Целями научно-лингвистической экспертизы для актов органов ЕАЭС являются: соблюдение лингвистических, семантических и иных языковых правил при составлении текстов и оформлении международных правовых актов органов ЕАЭС; достижение смысловой определенности, четкости и последовательности в изложении понятий, дефиниций и норм международного правового акта органа ЕАЭС; правильное употребление юридической и иной специальной терминологии; обеспечение равнозначности понятий, используемых в языках государств-членов ЕАЭС, при закреплении в международном правовом акте ЕАЭС; аутентичность переводов правовых актов ЕАЭС на иностранные языки (в том числе английский, немецкий, французский, китайский и др.).

В понятийно-терминологическом отношении главным выступает требование смысловой однозначности используемых в тексте международного правового акта понятий. Неопределенность понятий и их терминологиче-

ских обозначений в международных правовых актах органов ЕАЭС может негативно отразиться на праве Союза в целом, привести к противоречиям при реализации актов ЕАЭС на национальном уровне, а также повлечь многочисленные коллизии при имплементации. В связи с этим при подготовке проектов необходимо соблюдать критерий определенности и смысловой однозначности как понятий, так и дефиниций.

При научно-лингвистической экспертизе проектов должны использоваться понятия, имеющие смысловую определенность. При возникновении необходимости определить (установить смысловое значение) то или иное понятие, имеющее правовое значение, необходимо придерживаться следующих общих логических требований: определение понятия должно точно отражать сущность того или иного явления действительности; определение понятия должно охватывать, прежде всего, родовые (общие) признаки явления; видовым отличием определяемого понятия должен быть признак, свойственный только данному явлению; определение понятия не должно быть отрицательным, т.е. не должно содержать указания на признаки, которые то или иное явление не характеризуют, не должно говорить, чем данное понятие не является; определение понятия не должно производиться с использованием определяемых слов, т.е. через «тавтологический круг», хотя в юридической практике данное лингвистическое правило конструирования определений зачастую нарушается; определение понятия должно быть полным и ясным. Полным является определение, которое охватывает все существенные признаки действительности. Ясным является определение, которое указывает только известные признаки явления.

При этом определение новых понятий в правовом акте должно осуществляться в логической и системной связи с международно-правовыми понятиями, закрепленными в праве ЕАЭС, а также с иными базовыми международными договорами, не содержать тавтологий.

При использовании терминов (терминологии) при подготовке проектов правовых актов ЕАЭС необходимо придерживаться следующих требований:

терминология, используемая в актах различных органов ЕАЭС, должна быть однозначной (один термин — одно значение). Все термины, используемые при подготовке проектов международных правовых актов ЕАЭС, должны иметь одно значение, по возможности быть краткими, изложенными стилистически и грамматически правильно;

каждый термин в тексте проекта акта должен использоваться в строгом соответствии с приданной ему разработчиками смысловой нагрузкой и не допускать разночтений.

В правовых актах всех органов ЕАЭС не должно быть расхождений между терминологией, используемой в Договоре о ЕАЭС и в иных международных

договорах, действительных для членов ЕАЭС. Кроме того, должна обеспечиваться контекстная взаимосвязь между терминологией, используемой в действующих решениях органов Таможенного союза, когда это целесообразно для сохранения международно-правовой преемственности.

Точность и непротиворечивость понятий правового акта органа ЕАЭС должна достигаться посредством унификации определяемых правовых понятий. Для обозначения в тексте проекта акта определенного понятия следует последовательно определять один и тот же термин. Кроме того, один и тот же термин не может использоваться в тексте проекта правового акта для обозначения разных, не совпадающих по лексическому значению понятий.

В текстах проектов актов ЕАЭС не должны использоваться синонимы, а также омонимы (термины одинакового звукового состава, но с разным лексическим значением). Следует также избегать использования терминов, имеющих трудности в переводе на иностранные языки государств-членов ЕАЭС. Не должна допускаться замена терминов символическими знаками, графическими изображениями.

Анализ Договора о ЕАЭС показывает, что в нем закреплено значительное количество определений понятий, имеющих важное значение при разработке как будущих договоров ЕАЭС, так и актов его органов. При использовании указанных понятий во всех проектах правовых актов, как указывалось ранее, необходимо при научно-лингвистической экспертизе проверять точное соответствие терминологии как в тексте проекта акта, так и по общему контекстному содержанию (исходя из анализа контекста как взаимосвязанных логически и юридически выстроенных понятий).

В праве ЕАЭС уже сформирован понятийный аппарат, состоящий как из понятий, имеющих концептуальное международно-правовое значение для развития евразийской интеграции, так и специальных понятий, применимых для отдельной области межгосударственного сотрудничества в рамках ЕАЭС. В целях повышения качества научно-лингвистической экспертизы возможно введение реестра официальных терминов ЕАЭС, который в электронной форме будет содержать как понятия с указанием на акт, в котором они закреплены, так и упрощать работу экспертов в данной области при составлении проектов актов органов ЕАЭС.

Применительно к ЕАЭС отметим, что экспертиза проектов правовых актов его органов должна осуществляться Правовым департаментом Евразийской экономической комиссии. При необходимости экспертиз, требующих особых и специальных знаний (дополнительная, комиссионная, комплексная экспертизы) Правовой департамент Евразийской экономической комиссии может привлекать ведущие экспертные учреждения государств-членов Союза. При экспертизе проектов правовых актов органов ЕАЭС должны

учитываться принципы, закрепленные в п. 2 Положения о Евразийской экономической комиссии: 1) взаимная выгода, равноправие и национальные интересы государств-членов; 2) экономическая обоснованность решений; 3) открытость, гласность и объективность.

Принцип взаимной выгоды, равноправия и учета национальных интересов государств-членов предполагает подход, при котором при подготовке проекта акта органов ЕАЭС в равной мере учитываются позиции всех членов Союза, включая особенности правовых систем. Путем переговоров согласовываются мнения-членов ЕАЭС.

Принцип экономической обоснованности принимаемых решений предполагает оценку эффективности решения проблемы, содержащейся в проекте правового акта органа, касающейся всех или отдельных сторон социально-экономической жизни общества, оптимальности соотношения расходов членов ЕАЭС на различные потребности со сроками их окупаемости.

Принципы открытости и гласности находятся в тесной взаимосвязи и предполагают, что при подготовке и проведении экспертизы проектов правовых актов органов ЕАЭС на открытой (транспарентной) основе должны быть собраны разные точки зрения, проанализированы различные виды данных без политической и субъективной заинтересованности, а результаты экспертизы могут быть открыты для публичного доступа на официальном интернет-сайте. Принцип объективности экспертизы проектов актов органов ЕАЭС предполагает профессионализм экспертов; их независимость и беспристрастность; качество, эффективность и результативность экспертизы; соблюдение принципа правовой определенности, который предполагает точность, конкретность и предсказуемость проектируемого правового акта, включая соблюдение требований формально-юридической логики.

Компаративистский анализ правовой экспертизы в рамках иных межгосударственных объединений показывает, что целями экспертизы проектов актов органов ЕАЭС должны быть: 1) повышение эффективности их функционирования для достижения целей, предусмотренных Договором; 2) обеспечение сбалансированного правового регулирования в рамках Союза; 3) создание механизмов построения его гармонизированной правовой базы; 4) предупреждение коллизий между правовыми актами органов ЕАЭС и национальными нормативными правовыми актами его членов; 5) совершенствование права ЕАЭС для интеграции его членов; 6) создание правовых условий эффективного функционирования ЕАЭС в рамках многосторонней торговой системы.

На наш взгляд, экспертизе должны подлежать проекты правовых актов органов ЕАЭС, входящие в право Союза, принятые в рамках их полномочий, предусмотренных Договором и международными договорами в рамках

ЕАЭС<sup>5</sup>. При экспертизе необходимо проверять проекты правовых актов органов Союза по следующим параметрам:

соответствие проекта правового акта органа ЕАЭС Договору о ЕАЭС, включая его конкретные положения и приложения, являющиеся его неотъемлемой частью, Положению о Евразийской экономической комиссии, Регламенту работы Евразийской экономической комиссии на предмет соблюдения компетенции, разграничения полномочий органов ЕАЭС;

соответствие проекта акта международным договорам и решениям органов ЕАЭС, составляющим его право в соответствии с п. 3 ст. 6 Договора;

соответствие юридико-технического оформления проекта правового акта органа ЕАЭС Правилам внутреннего документооборота в Евразийской экономической комиссии, утвержденным решением ее Коллегии от 5.05.2015 № 46;

соответствие проекта правового акта правилам юридической техники составления правовых актов, включая юридико-лингвистические правила;

проверка содержащихся в тексте проекта акта органа ЕАЭС ссылок на предмет соответствия всем документам ЕАЭС, относящимся к предмету правового регулирования проекта правового акта;

оценка проекта правового акта на предмет выявления возможных рисков, коллизий и противоречий, включая коррупционные и криминологические факторы.

При экспертизе необходимо соблюдать методологические правила:

комплексность предполагает целенаправленный, полный, последовательный анализ проекта акта на основе различных факторов: соблюдения требований к его форме, содержанию и оформлению; отсутствия коррупционных и криминологических факторов и рисков; лингвистических норм и юридико-технических требований; оценок последствий принятия акта; анализ соответствия Договору, другим правовым актам органов ЕАЭС, составляющим право ЕАЭС, общепризнанным принципам и нормам международно-

---

<sup>5</sup> Экспертизе подлежат следующие акты, входящие в право ЕАЭС: решения и распоряжения Высшего Евразийского экономического совета и Евразийского межправительственного совета; решения, распоряжения и рекомендации Евразийской экономической комиссии. С учетом иерархии международно-правовых актов, составляющих право Евразийского экономического союза, необходимо руководствоваться следующими правилами юридической (правовой) экспертизы проектов актов органов ЕАЭС: юридическая экспертиза проектов решений Высшего Евразийского экономического совета осуществляется на предмет их соответствия Договору о Евразийском экономическом союзе и международным договорам в рамках ЕАЭС; юридическая экспертиза проектов решений Евразийского межправительственного совета осуществляется на предмет их соответствия Договору, международным договорам в рамках ЕАЭС, решениям Высшего Евразийского экономического совета; юридическая экспертиза проектов решений Евразийской экономической комиссии осуществляется на предмет их соответствия Договору, международным договорам в рамках ЕАЭС, решениям Высшего Евразийского экономического совета, решениям Евразийского межправительственного совета.

го права; прогнозирования условий имплементации акта в национальные правовые системы членов ЕАЭС;

системность подразумевает оценку проекта акта с точки зрения его внутренней упорядоченности, согласованности, непротиворечивости его положений. Проект правового акта должен быть единым, целостным нормативным установлением, регулирующим определенный вид общественных отношений. Также следует оценить действие правового акта в правовой системе ЕАЭС: отсутствие дублирования и противоречий с иными актами; необходимость принятия других актов в его развитие и др.;

соблюдение юридико-технических требований и лингвистических правил является неотъемлемым элементом экспертизы любого проекта правового акта.

Термины, используемые в проектах правовых актов органов ЕАЭС, должны быть немногословными, лексически и стилистически правильно сформулированными. Каждый термин должен быть однозначным, т.е. использоваться строго в соответствии с вложенным в него смыслом. Недопустимо использование терминов в переносном или образном значении. В целях предупреждения несогласованностей в отраслевом и межотраслевом регулировании общественных отношений должны быть соблюдены смысловая преемственность и согласованность в использовании общеупотребительной и специальной правовой терминологии. В ЕАЭС как наднациональной организации при необходимости допустимы отдельные терминологические заимствования из национальных языков (при их разъяснении в статье об используемой терминологии). Следует соблюдать требования к структуре и реквизитам правовых актов органов ЕАЭС, которые могут быть различными в зависимости от их вида (юридически обязательный или рекомендательный характер) и принявшего их органа;

отсутствие коллизий означает оценку положений проекта акта с точки зрения его «внутренней» непротиворечивости (отсутствие коллизий между положениями акта) и «внешней» непротиворечивости (отсутствие коллизий с Договором, иными международными договорами, действующими в рамках ЕАЭС, другими правовыми актами Союза, основополагающими принципами правовых систем членов ЕАЭС);

учет особенностей национальных правовых систем ЕАЭС (юридикокультурологический фактор) — оценка проекта правового акта с точки зрения его соответствия основополагающим принципам и особенностям правовых систем членов ЕАЭС, для чего необходима выработка взаимоприемлемых решений на основе консультаций, публичных обсуждений, учета предложений государств-членов ЕАЭС;

анализ порядка имплементации правовых актов в национальное законодательство предполагает оценку возможных трудностей имплементации

правового решения в национальную правовую систему того или иного государства-члена ЕАЭС; выбор наилучшей формы для регламентации тех или иных общественных отношений.

Научно-лингвистическая экспертиза является необходимым условием проектирования международных правовых актов. Для экспертизы проектов правовых актов органов ЕАЭС необходимо ориентироваться на понятийно-терминологическую структуру права ЕАЭС в соответствии с Договором и актами органов ЕАЭС и создавать новые юридические понятия, которые затем будут введены в международно-правовое регулирование ЕАЭС.

По итогам экспертизы проекта акта в резолютивной части заключения указывается один из следующих выводов: 1) проект поддерживается; 2) проект не поддерживается; 3) проект нуждается в доработке.

## **Заключение**

Закрепление на уровне международно-правового акта порядка экспертизы проектов правовых актов, принимаемых органами ЕАЭС, является научно обоснованной и необходимой задачей, поскольку будет способствовать повышению эффективности правотворчества в рамках Союза. При этом, основываясь на результатах компаративистского и международно-правового анализа, полагаем, что принятие такого акта будет способствовать совершенствованию международно-правового регулирования по линии иных межгосударственных объединений и организаций с участием Российской Федерации, включая СНГ, ШОС, ОДКБ и т.д.



## **Библиография**

- Анализ коррупционности законодательства: памятка эксперту / под ред. В.Н. Южаква. М.: Статут, 2004. 64 с.
- Барциц И.Н. Международное право и правовая система России // Журнал российского права. 2001. № 2. С. 61–70.
- Венецианская комиссия: сто шагов к демократии через право / под ред. Т.Я. Хабриевой, В.И. Лафитского. М.: Статут, 2014. 256 с.
- Макарычев А.С. Государства, экспертные сообщества и режимы знания власти // Политическая наука. 2015. N 3. С. 9–26.
- Нестеров А.В. Экспертика: общая теория экспертизы. М.: НИУ ВШЭ, 2014. 261 с.
- Нормотворческая юридическая техника / под ред. Н.А. Власенко. М.: Юстицинформ, 2011. 312 с.
- Пиголкин А.С., Рахманина Т.Н., Абрамова А.И. Законопроекты должны проходить проверку на зрелость // Журнал российского права. 1997. №10. С. 16–23.
- Тихомиров Ю.А. Практические аспекты осуществления антикоррупционного анализа и оценки реализации правовых актов // Журнал российского права. 2009. № 10. С. 14–21.

Хабриева Т.Я. Формирование правовых основ антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов // Журнал российского права. 2009. N 10. С. 5–13.

Шакель Н.В. Свобода услуг судебных экспертов в Европейском союзе. Available at: URL: <http://www.evolutio.info/content/view/2448/> (дата обращения: 30.11.2018)

Chi M., Glaser R., Farr M. (2009) *Nature of Expertise*. Hillsdale (N.J.): Lawrence Associates, 470 p.

Cuniberti G. *Civil Judicial Expertise in EU: Analysis of EU Legislation and Recommendations*. Available at: URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519216/IPOL\\_IDA\(2015\)519216\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519216/IPOL_IDA(2015)519216_EN.pdf) (дата обращения: 20.11.2018)

Goldsmith J., Posner E. (2005) *Limits of International Law*. N.Y.: Oxford University Press, 262 p.

Lawson C. (2013) *Implementing Guidance about Essentially Derived Varieties through Soft Law*. Available at: URL: [http://www.upov.int/edocs/mdocs/upov/en/upov\\_sem\\_ge\\_13/upov\\_sem\\_ge\\_13\\_ppt\\_13.pdf](http://www.upov.int/edocs/mdocs/upov/en/upov_sem_ge_13/upov_sem_ge_13_ppt_13.pdf) (дата обращения: 25.11.2018)

Leander A., Aalberts T. (2013) *Introduction: The Co-Constitution of Legal Expertise and International Security*. *Leiden Journal of International Law*, vol. 4, pp. 783–792.

Shelton D. (2006) *Normative Hierarchy in International Law*. *The American Journal of International Law*, no 2, pp. 291–323.

Theophylactou D. (2010) *EU's Legal Dimension and Soft Power Implications*. Available at: URL: <http://www.rcenter.intercol.edu/newsletter/in%20depth/volume%207%20issue%201/article07.pdf> (дата обращения: 30.11.2018)

Veiga A., Amaral A. (2012) *Soft Law and Implementation Problems of the Bologna Process*. Available at: URL: [http://www.fpce.up.pt/ciie/revistaesc/ESC36/ESC36\\_Amelia&Alberto.pdf](http://www.fpce.up.pt/ciie/revistaesc/ESC36/ESC36_Amelia&Alberto.pdf) (дата обращения: 25.11.2018)

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 2

### Examination of International Acts Drafts: New Facets of Legal Expertise



**Anna A. Kashirkina**

Leading Researcher, Department of Support of Russian delegation in Venice Commission, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: [anna-kash@yandex.ru](mailto:anna-kash@yandex.ru)



**Andrey N. Morozov**

Leading Researcher, Department of Constitutional, Administrative, Criminal and International Law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: [ccla@izak.ru](mailto:ccla@izak.ru)



#### **Abstract**

The article examines international legal and international acts developed within the framework of interstate associations and organizations that regulate the procedure

for the examination of draft legal acts adopted by their bodies. The aim of the article is to develop new approaches to the examination of draft international legal acts as an important component of legal expertise. Based on the analysis of the legal framework, experience and practice of the examination of draft legal acts in international organizations and interstate integration associations, proposals and recommendations are formulated aimed at improving international legal mechanisms for the examination of draft legal acts of the Eurasian Economic Union, namely: the examination of drafts of international legal acts is by its content and methods of conducting a qualitatively different activity than the examination of drafts of domestic legal acts and requires special knowledge, including the development of an original methodology for the examination of international legal acts; the methodology of expert evaluation of draft international legal acts should include both legal and multidisciplinary scientific methods (economic analysis, social dimension, modeling, forecasting); the basic components of the examination of draft international legal acts are concluded in the conduct of: legal expertise, scientific and linguistic expertise, legal and technical examination. Other kinds of examination can be conducted with a clear justification of their necessity and expediency. In general, the examination of draft international legal acts is also necessary for acts adopted within the framework of the Eurasian Economic Union. The EEU is actively developing its international legal framework, its bodies make decisions that are mandatory for all the member states, including Russia, state authorities, business community, and citizens.



## Keywords

examination; international legal acts; international organizations; Eurasian Economic Union; European Union; Council of Europe; international treaties.

**For citation:** Kashirkina A.A., Morozov A.N. (2019) Examination of International Acts Drafts: New Facets of Legal Expertise. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 233–254 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.2.233.254



## References

Bartsits I.N. (2001) International Law and Russian Legal System. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 2, pp. 61–70 (in Russian)

Chi M., Glaser R., Farr M. (2009) *Nature of Expertise*. Hillsdale (N.J.): Lawrence Associates, 470 p. (in English)

Cuniberti G. *Civil Judicial Expertise in EU: Analysis of EU Legislation and Recommendations*. Available at: URL:[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519216/IPOL\\_IDA\(2015\)519216\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519216/IPOL_IDA(2015)519216_EN.pdf) (accessed: 20.11.2018)

Goldsmith J., Posner E. (2005) *Limits of International Law*. N.Y.: Oxford University Press, 262 p. (in English)

Khabrieva T.Ya. (2009) Shaping legal fundamentals of anticorruption examination of legal rules. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 10, pp. 5–13 (in Russian)

Khabrieva T.Ya., Lafitskiy V.I. (eds.) (2014) *The Venice Commission*. Moscow: Statut, 256 p. (in Russian)

Lawson C. (2013) *Implementing Guidance about Essentially Derived Varieties through Soft Law*. Available at: URL:[http://www.upov.int/edocs/mdocs/upov/en/upov\\_sem\\_ge\\_13/upov\\_sem\\_ge\\_13\\_ppt\\_13.pdf](http://www.upov.int/edocs/mdocs/upov/en/upov_sem_ge_13/upov_sem_ge_13_ppt_13.pdf) (accessed: 25.11.2018)

- Leander A., Aalberts T. (2013) Introduction: The Co-Constitution of Legal Expertise and International Security. *Leiden Journal of International Law*, vol. 4, pp. 783–792 (in English)
- Makarychev A.S. (2015) States and Expert Communities. *Politicheskaya nauka*, no 3, pp. 9–26 (in Russian)
- Nesterov A.V. (2014) *General Theory of Expertise*. Moscow: Higher School of Economics, 261 p. (in Russian)
- Pigolkin A.S., Rakhmanina T.N., Abramova A.I. (1997) The Drafts Must Pass Expertise. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 10, pp. 16–23 (in Russian)
- Shakel' N.V. Freedom of Services of Judicial Examiners in the EU. Available at: URL:<http://www.evolutio.info/content/view/2448/> (accessed: 30.11. 2018)
- Shelton D. (2006) Normative Hierarchy in International Law. *The American Journal of International Law*, no 2, pp. 291–323 (in English)
- Tikhomirov Yu. A. (2009) Practical Aspects of Anticorruption Analysis and Implementing Rules. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 10, pp. 14–21 (in Russian)
- Theophylactou D. (2010) *EU's Legal Dimension and Soft Power Implications*. Available at: URL:<http://www.rcenter.intercol.edu/newsletter/in%20depth/volume%207%20issue%201/article07.pdf> (accessed: 30.11. 2018)
- Veiga A., Amaral A. (2012) *Soft Law and Implementation Problems of the Bologna Process*. Available at: URL:[http://www.fpce.up.pt/ciie/revistaesc/ESC36/ESC36\\_Amelia&Alberto.pdf](http://www.fpce.up.pt/ciie/revistaesc/ESC36/ESC36_Amelia&Alberto.pdf) (accessed: 25.11.2018)
- Vlasenko N.A. (ed.) (2011) *Legal Mechanics of Rule Making*. Moscow: Yusttsinform, 312 p. (in Russian)
- Yuzhakov V.N. (ed.) (2004) *Corruption Susceptibility of Legislation: a Guide*. Moscow: Statut, 64 p. (in Russian)

**Журнал учрежден** в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

**Главные задачи:**

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

**Основные темы:**

Правовая мысль (история и современность)  
Портреты ученых-юристов  
Российское право: состояние, перспективы, комментарии  
Судебная практика  
Право в современном мире  
Реформа юридического образования  
Научная жизнь  
Дискуссионный клуб  
Рецензии

**Журнал рассчитан** на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой. «Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

**Журнал выходит** раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

# АВТОРАМ

## Требования к оформлению текста статей

**Представленные статьи** должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

### Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

**При наборе текста** необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

### Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

### Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

### Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

**Сведения, содержащиеся в заглавии статьи**, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

**Исторические справки**, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

### Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

### Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

### Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

### Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

**Статьи рецензируются.** Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

**Плата с аспирантов** за публикацию рукописей не взимается.