

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

№ 2 (99) ФЕВРАЛЬ 2019

РОССИЙСКОГО ПРАВА

Ежемесячный научный журнал.
Издается как СМИ с 2006 г.

Председатель редакционного совета журнала

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Заместитель председателя редакционного совета журнала

ЕРШОВА Инна Владимировна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник юстиции России, заслуженный юрист РФ.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Главный редактор журнала

СИТНИК Александр Александрович кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Ответственный секретарь

САЛИЯ Марианна Романовна эксперт отдела научно-издательской политики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Члены редакционного совета журнала

БЕКАШЕВ Дамир Камильевич доктор юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Московского государственного института международных отношений МИД России.
Почтовый адрес: 119454, Россия, г. Москва, проспект Вернадского, д. 76.

БЕЛОВА (ГАНЕВА) Габриела кандидат юридических наук, доцент, декан историко-правового факультета Юго-Западного университета имени Неофита Рильского (Болгария).
Почтовый адрес: 2700, Болгария, г. Благоевград, ул. Ивана Михайлова, д. 66.

БОЛТИНОВА Ольга Викторовна доктор юридических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой финансового права, ученый секретарь Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

БРИНЧУК Михаил Михайлович доктор юридических наук, профессор, заведующий сектором эколого-правовых исследований Института государства и права Российской академии наук.
Почтовый адрес: 119019, Россия, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10.

ВИННИЦКИЙ Данил Владимирович доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права Уральского государственного юридического университета, директор Института права БРИКС.
Почтовый адрес: 620137, Россия, г. Екатеринбург, ул. Комсомольская, д. 21.

ВОСКОБИТОВА Лидия Алексеевна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ГАЗЬЕ Анн доктор права, доцент Университета Paris Quest Nanterre La Défense (Франция).
Почтовый адрес: 92001, Франция, г. Нантер, авеню Републик, д. 200.

ГОЛОВНЕНКОВ Павел Валерьевич доктор права, ассессор права, главный научный сотрудник кафедры уголовного и, в частности, экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).
Почтовый адрес: 14482, Германия, г. Потсдам, ул. Августа Бебеля, д. 89.

- ДУБРОВИНА Елена Павловна**
кандидат юридических наук, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.
Почтовый адрес: 109012, Россия, г. Москва, Б. Черкасский пер., д. 9.
- ЗАНКОВСКИЙ Сергей Сергеевич**
доктор юридических наук, профессор, и. о. заведующего сектором предпринимательского и корпоративного права, главный научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук.
Почтовый адрес: 119019, Россия, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10.
- ЗАХАРОВ Владимир Викторович**
доктор юридических наук, профессор, председатель Арбитражного суда Курской области.
Почтовый адрес: 305000, Россия, г. Курск, ул. Радищева, д. 33.
- КАЛИНИЧЕНКО Пауль Алексеевич**
доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- КОКОТОВ Александр Николаевич**
доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ, заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ.
Почтовый адрес: 190000, Россия, г. Санкт-Петербург, Сенатская пл., д. 1.
- КОРНЕВ Аркадий Владимирович**
доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- КУРБАНОВ Рашад Афатович**
доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова.
Почтовый адрес: 117997, Россия, г. Москва, Стремянный пер., д. 36.
- ЛИПСКИ Станислав Андреевич**
доктор экономических наук, доцент, заведующий кафедрой земельного права Государственного университета по землеустройству.
Почтовый адрес: 105064, Россия, г. Москва, ул. Казакова, д. 15.
- МАРИНО Иван**
кандидат юридических наук, доцент Государственного университета «Ориентале» (Неаполь), руководитель Центра мониторинга политико-правовой системы России, Итальянского представительства Фонда конституционных реформ.
Почтовый адрес: 80121, Италия, г. Неаполь, виа Карло Поэрио, д. 15.
- МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович**
доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), президент Союза криминалистов и криминологов, заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, заместитель председателя Экспертного совета Высшей аттестационной комиссии Минобрнауки РФ.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- ПАНАГИОТОПОЛОС Димитриос**
доктор права, магистр философии, профессор Афинского университета, вице-ректор Университета Центральной Греции, президент Международной ассоциации спортивного права (IASL), специальный эксперт в области спортивного права в Европейском Союзе, награжден премией «Право: Человек года» (2009) Американским биографическим институтом (ИНК).
Почтовый адрес: 10677, Греция, г. Афины, ул. Веранжероу, д. 4.
- ПЕТРОВА Татьяна Владиславовна**
доктор юридических наук, профессор кафедры экологического и земельного права Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.
Почтовый адрес: 119991, Россия, ГСП-1, г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13.
- РЕШЕТНИКОВА Ирина Валентиновна**
доктор юридических наук, профессор, председатель Арбитражного суда Уральского округа, заслуженный юрист РФ, почетный работник судебной системы.
Почтовый адрес: 620075, Россия, г. Екатеринбург, пр-т Ленина, д. 32/27.
- РОССИНСКАЯ Елена Рафаиловна**
доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой судебных экспертиз, директор Института судебных экспертиз Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), президент Ассоциации образовательных учреждений «Судебная экспертиза», академик РАЕН, заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

- СОКОЛОВ Александр Юрьевич** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой административного и муниципального права Саратовской государственной юридической академии.
Почтовый адрес: 410056, Россия, г. Саратов, ул. Вольская, д. 1.
- ФОКИНА Марина Анатольевна** доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Российского государственного университета правосудия.
Почтовый адрес: 117418, Россия, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69.
- ХВАН Леонид Борисович** кандидат юридических наук, доцент кафедры административного и финансового права Ташкентского государственного юридического института.
Почтовый адрес: 100000, Республика Узбекистан, г. Ташкент, Главпочтамт, а/я № 4553.
- ЧАННОВ Сергей Евгеньевич** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой служебного и трудового права Поволжского института управления имени П.А. Столыпина.
Почтовый адрес: 410031, Россия, г. Саратов, ул. Соборная, д. 23/25.
- ЧЕРНЫШЕВА Ольга Сергеевна** кандидат юридических наук, начальник отдела Секретариата Европейского Суда по правам человека.
Почтовый адрес: 67075, Франция, г. Страсбург, Cedex, ЕСПЧ.
- ШАЛУМОВ Михаил Славович** доктор юридических наук, профессор, заместитель начальника управления систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда Российской Федерации — начальник отдела систематизации законодательства и анализа судебной практики в области уголовного судопроизводства, судья Верховного Суда Российской Федерации (в почетной отставке).
Почтовый адрес: 121260, Россия, г. Москва, ул. Поварская, д. 15.
- ШИТКИНА Ирина Сергеевна** доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры предпринимательского права, руководитель программы магистратуры по направлению «Корпоративное право» Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.
Почтовый адрес: 119991, Россия, ГСП-1, г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13.
- ЯСКЕРНЯ Ежи** доктор юридических наук, профессор, директор Института права, экономики и управления Университета имени Яна Кухановского в г. Кельц (Польша).
Почтовый адрес: 25369, Польша, г. Кельц, ул. Зеромского, д. 5.
- Редакционная коллегия журнала*
- КАШАНИНА Татьяна Васильевна** профессор кафедры теории государства и права, доктор юридических наук, профессор.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- КЛЕПИЦКИЙ Иван Анатольевич** профессор кафедры уголовного права, доктор юридических наук, профессор.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- МИХАЙЛОВ Сергей Михайлович** и. о. заведующего кафедрой гражданского и административного судопроизводства, кандидат юридических наук, доцент.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- ОСАВЕЛЮК Алексей Михайлович** профессор кафедры конституционного и муниципального права, доктор юридических наук, профессор.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- ПОДУЗОВА Екатерина Борисовна** доцент кафедры гражданского права, кандидат юридических наук.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- СОКОЛОВА Наталья Александровна** заведующий кафедрой международного права, доктор юридических наук, доцент.
Почтовый адрес: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ACTUAL PROBLEMS

Monthly scientific journal.
Published media since 2006

№ 2 (99) FEBRUARY 2019
OF RUSSIAN LAW

Chairperson of the Board of Editors

**GRACHEVA
Elena
Yurievna**

Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University, Honored Lawyer of the Russian Federation, Honored Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Honored Worker of Science and Technology of the Russian Federation.
Mailing address: 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

Vice-Chairperson of the Board of Editors

**ERSHOVA
Inna
Vladimirovna**

Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Business and Corporate Law of the Kutafin Moscow State Law University, Honored Worker of the Higher Professional Education of the Russian Federation, Honored Worker of Justice of Russia, Honored Lawyer of the Russian Federation.
Mailing address: 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

Chief editor of the magazine

**SITNIK
Alexandr
Alexandrovich**

PhD in Law, Associate Professor of the Department of Financial Law of the Kutafin Moscow State Law University.
Mailing address: 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

Executive Editor

**SALIYA
Marianna
Romanovna**

Expert of the Department of Scientific and Publishing Policy of the Department of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University.
Mailing address: 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

Members of the Board of Editors

**BEKYASHEV
Damir
Kamilievich**

Doctor of Law, Associate Professor, Associate Professor of the Department of International Law of Moscow State Institute of International Relations under the Ministry of Foreign Affairs of Russia.
Mailing address: 119454, Russia, Moscow, prospekt Vernadskogo, d. 76.

**BELOVA-GANEVA
Gabriela**

PhD in Law, Associate Professor, Dean of the Faculty of Law and History of the South Western University named after the Neophyte Rilsky (Bulgaria)
Mailing address: 2700, Bulgaria, Blagoevgrad, ul. Ivana Mikhailova, d. 66.

**BOLTINOVA
Olga
Viktorovna**

Doctor of Law, Professor, Vice-Chairperson of the Department of Financial Law, Academic Secretary of the Kutafin Moscow State Law University, Honored Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.
Mailing address: 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

**BRINCHUK
Mikhail
Mikhailovich**

Doctor of Law, Professor, Head of the Sector for Environmental and Legal Studies of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences.
Mailing address: 119019, Russia, Moscow, ul. Znamenka, d. 10.

**CHANNOV
Sergey
Evgenievich**

Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Service and Labor Law of the Povolzhsky Institute of Government named after P.A. Stolypin.
Mailing address: 410031, Russia, Saratov, Sobornaya ul., d. 23/25.

**CHERNISHOVA
Olga
Sergeevna**

PhD in Law, Head of Division at the Registry of the European Court of Human Rights.
Mailing address: European Court of Human Rights, 67075 Strasbourg Cedex, France.

**DUBROVINA
Elena
Pavlovna**

PhD in Law, Member of the Election Committee of Russia, Honored Lawyer of the Russian Federation.
Mailing address: 109012, Russia, Moscow, B. Cherkasskiy per., d. 9.

**FOKINA
Marina
Anatolievna**

Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Civil and Administrative Proceedings of the Russian State University of Justice.
Mailing address: 117418, Russia, Moscow, ul. Novocheremushkinskaya, d. 69.

- GAZIER Anne** Doctor of Law, Associate Professor of the University Paris Quest Nanterre La Défense (France).
Mailing address: Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 200 avenue de la République, 92001, Quest Nanterre, La Défense, France.
- JASKIERNIA Jerzy** Prof. dr hab. Jan Kochowski University, Kielce, Poland, Department of Management and Administration Director, Institute of Economy and Administration, Chair, Administration and Legal Sciences Division.
Mailing address: Str. Żeromskiego 5, Kielce, Poland, 25369.
- KALINICHENKO Paul Alekseevich** Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law University.
Mailing address: 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.
- KHVAN Leonid Borisovich** PhD in Law, Associate Professor of the Department of Administrative and Financial Law of the Tashkent State Legal Institute.
Mailing address: 100000, Republic of Uzbekistan, Tashkent, Glavpochtamt, a/ya 4553.
- KOKOTOV Aleksandr Nikolaevich** Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Court of the Russian Federation, Honored Lawyer of the Russian Federation, Honored Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.
Mailing address: 190000, Russia, St. Petersburg, Senatskaya pl., d. 1.
- KORNEV Arkadiy Vladimirovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of the State and Law of the Kutafin Moscow State Law University.
Mailing address: 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.
- KURBANOV Rashad Afatovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Law Disciplines of the Plekhanov Russian Economic University.
Mailing address: 117997, Russia, Moscow, per. Stremyanny, d. 36.
- LIPSKI Stanislav Andjeevich** Doctor of Economics, Associate Professor, Head of the Department of Land Law of the State University for Land Use Planning.
Mailing address: 105064, Russia, Moscow, ul. Kazakova, d. 15.
- MARINO Ivan** PhD in Law, Associate Professor of the University «L'Orientale», Head of the Monitoring Center for the Political and Legal System of Russia, and of the Italian Representative Office of the Constitutional Reforms Foundation.
Mailing address: via Carlo Poerio, 15, 80121, Napoli, Italia.
- MATSKEVICH Igor Mikhailovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Criminology and Penal Law of the Kutafin Moscow State Law University, President of the Union of Criminalists and Criminologists, Honored Scholar of the Russian Federation, Honored Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Vice-chairman of Advisory Council of the Higher Attestation Commission of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation.
Mailing address: 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.
- PANAGIOTOPOULOS Dimitrios** Professor of University of Athens, Attorney-at-Law Vice-Rector, University of Central Greece, President of International Association of Sports Law (IASL), awarded «Person of the Year in Law» (2009) from the American Biographical Institute (INC).
Mailing address: 4 Veranzerou Str., 10677, Athens, Greece.
- PETROVA Tatiana Vladislavovna** Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Environmental and Land Law of the Faculty of Law of the Lomonosov Moscow State University.
Mailing address: 119991, Russia, GSP-1, Moscow, Leninskie Gory, d. 1, build. 13.
- RESHETNIKOVA Irina Valentinova** Doctor of Law, Professor, Chairperson of the Arbitration Court of the Urals District, Honored Lawyer of the Russian Federation, Honored Worker of the Judicial System.
Mailing address: 620075, Russia, Ekaterinburg, prosp. Lenina, d. 32/27.
- ROSSINSKAYA Elena Rafailovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Examination of the Kutafin Moscow State Law University, President of the Association of Educational Institutions «Forensic Examination», Academician of the Russian Academy of Natural Sciences, Honored Scholar of the Russian Federation, Honored Worker of Higher Education of the Russian Federation.
Mailing address: 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.



**SHALUMOV
Michail
Slavovich**

Doctor of Law, Professor, Deputy Head of Directorate — Chief of Branch of the Systematization of Legislation and Analysis of the Judicial Practice at Criminal procedure of the Directorate of the Systematization of Legislation and Analysis of the Judicial Practice of the Supreme Court of the Russian Federation, Justice of the Supreme Court of the Russian Federation (emeritus).

Mailing address: 121260, Russia, Moscow, ul. Povarskaya, d. 15.

**SHITKINA
Irina
Sergeevna**

Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Business Law, Head of the «Corporate Law» Master's Program of the Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University.

Mailing address: 119991, Russia, GSP-1, Moscow, Leninskie Gory, d. 1, build. 13.

**SOKOLOV
Aleksandr
Yurievich**

Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Administrative and Municipal Law of the Saratov State Law Academy.

Mailing address: 410056, Russia, Saratov, ul. Volskaya, d. 1.

**VINNITSKIY
Danil
Vladimirovich**

Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law of the Ural State Law University, Director of the BRICS Law Institute.

Mailing address: 620137, Russia, Ekaterinburg, ul. Komsomolskaya, d. 21.

**VOSKOBITOVA
Lidia
Aleksseevna**

Doctor of Law, Professor, the Head of the Department of Criminal Procedure Law of the Kutafin Moscow State Law University, Honored Worker of the Higher Professional Education of the Russian Federation.

Mailing address: 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

**ZAKHAROV
Vladimir
Viktorovich**

Doctor of Law, Professor, Chairman of Arbitration Court of Kursk Region.

Mailing address: 305000, Russia, Kursk, ul. Radischeva, d. 33.

**ZANKOVSKIY
Sergey
Sergeevich**

Doctor of Law, Professor, Acting Head of the Business and Corporate Law Sector, Chief Scientific Officer of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences.

Mailing address: 119019, Russia, Moscow, ul. Znamenka, d. 10

Editorial Board

**KASHANINA
Tatyana
Vasilyevna**

Doctor of Law, Professor of the Department of Theory of the State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Professor.

**KLEPITSKIY
Ivan
Anatolyevich**

Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Professor.

**MIKHAILOV
Sergey
Mikhailovich**

Acting Head of the Department of Civil and Administrative Court Proceedings of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Associate Professor.

**OSAVELYUK
Aleksey
Mikhailovich**

Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University.

**PODUZOVA
Ekaterina
Borisovna**

PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University.

**SOKOLOVA
Natalya
Aleksandrovna**

Doctor of Law, Head of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University, Associate Professor.

СОДЕРЖАНИЕ

СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

Страхов С. Е. Институционализация губернских судебных учреждений в губерниях Российской империи при Екатерине II	11
---	----

ТЕОРИЯ ПРАВА

Коновалов А. В. Правовые принципы в судебной практике системы общего права	23
Ляпунов Б. А. Приватность личности: понятие, сущность и правовая природа	33

ФИЛОСОФИЯ И ЭТИКА ПРАВА

Кашкин С. Ю. Философия интеграционного права	43
Зубец О. П. Суд над Эйхманом: этический взгляд	51
Ярославцева Е. И. Этика научного исследования: авторская свобода и стандартизация	62

БАНКОВСКАЯ СИСТЕМА И БАНКОВСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Колесникова Е. Г. Обеспечительная сделка «кредитный дефолтный своп»: риск переквалификации в договор поручительства	70
--	----

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Старовойтова А. С. Признание права как способ защиты вещных прав	76
Тасалов Ф. А. Несвобода договора и несправедливые договорные условия в практике государственных и муниципальных закупок	85

ГРАЖДАНСКОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

Фомина О. Ю. Профессиональное представительство: доводы за и против	95
---	----

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Голубых Н. В., Лепихин М. О. Совершенствование уголовного законодательства в области борьбы с коррупцией	102
Желудков М. А., Чернышов В. Н., Кочеткова М. Н. Уголовно-правовые проблемы при определении объекта преступлений в сфере интеллектуальной собственности	110
Коваль А. В. «Мздоимство» и «лихоимство» как критерии дифференциации ответственности за взяточничество	119

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

Кулев А. Г., Кулева Л. О. Категоризация преступлений при конструировании уголовно-процессуальных норм	130
--	-----

КРИМИНАЛИСТИКА И КРИМИНОЛОГИЯ. СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

Фещенко П. Н. Системный подход к противодействию коррупции	138
--	-----



МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Шахназаров Б. А.** *Общая характеристика системы коллизионно-правового регулирования объектов промышленной собственности* 144

ИНТЕГРАЦИОННОЕ ПРАВО

- Альсов Н. М.** *Системы страхования вкладов в Европейском Союзе: правовое регулирование и перспективы развития* 156
- Заплатина Т. С.** *Актуализация свободы личности на самоопределение в праве на трудовую мобильность и взаимное признание профессиональных квалификаций в Европейском Союзе* 163
- Митрофанов И. О.** *Правовые аспекты разграничения компетенции институтов Европейского Союза в сфере антимонопольной политики* 170
- Пожилова Н. А.** *Правовое регулирование деятельности инвестиционных фондов в Европейском Союзе и в Российской Федерации* 176

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

- Атакиши А. М.** *Соотношение принципа состязательности и понятие истины в уголовном судопроизводстве Азербайджанской Республики* 182

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

- Молчанов Н. А., Трубачева К. И.** *Экономико-правовые особенности и последствия выхода Великобритании из Европейского Союза* 196
- Вайно А. А.** *Юридическая техника в мусульманском праве* 204

CONTENTS

PAGES OF HISTORY

Strakhov S. E. <i>Institutionalization of Governorate Judicial Institutions in Governorates of the Russian Empire in the Reign of Catherine the Great</i>	11
--	----

THEORY OF LAW

Konovalov A. V. <i>Legal Principles in Case Law of the Common Law System</i>	23
Lyapunov B. A. <i>Privacy of an Individual: The Concept, Essence and Legal Nature</i>	33

PHILOSOPHY AND ETHICS OF LAW

Kashkin S. Yu. <i>Philosophy of Integration Law</i>	43
Zubets O. P. <i>The Eichmann Trial: An Ethical View</i>	51
Yaroslavtseva E. I. <i>Research Ethics: Author's Freedom and Unification</i>	62

BANKING SYSTEM AND BANKING ACTIVITY

Kolesnikova E. G. <i>A "Credit Default Swap" Secured Transaction: The Risk of its Recharacterization into a Suretyship Agreement</i>	70
---	----

CIVIL AND FAMILY LAW

Starovoitova A. S. <i>Recognition of the Right as a Means of Property Rights Protection</i>	76
Tsalov F. A. <i>"Non-Freedom" of a Contract and Unfair Contractual Terms in the Practice of State and Municipal Procurement</i>	85

CIVIL AND ADMINISTRATIVE COURT PROCEEDINGS

Fomina O. Yu. <i>Professional Representation: Arguments "Pro" and "Contra"</i>	95
---	----

CRIMINAL LAW

Golubykh N. V., Lepikhin M. O. <i>Improvement of Criminal Laws in the Field of Combating Corruption</i>	102
Zheludkov M. A., Chernyshov V. N., Kochetkova M. N. <i>Criminal Law Problems in Determining the Object of Intellectual Property Crimes</i>	110
Koval A. V. <i>"Bribe-taking" and "Bribe-extortion" as Criteria of Differentiation of Responsibility for Bribery</i>	119

CRIMINAL PROCEDURE

Kulev A. G., Kuleva L. O. <i>Classification of Crimes in Designing Criminal Procedure Regulations</i>	
--	--

CRIMINALISTICS AND CRIMINOLOGY FORENSIC EXAMINATION

Feschenko P. N. <i>Systematic Approach to Corruption Control</i>	138
---	-----



INTERNATIONAL LAW

- Shakhnazarov B. A.** *General Characteristics of the System
of Conflict of Laws Regulation of Industrial Property* 144

INTEGRATION LAW

- Alsoy N. M.** *Deposit Insurance Systems in the European Union:
Legal Regulation and Development Prospects* 156
- Zaplatina T. S.** *Mutual Recognition as the Basis of Individual Rights
and Freedoms, Right to Labor Mobility and Mutual Recognition
of Professional Qualifications in the European Union* 163
- Mitrofanov I. O.** *Legal Aspects of Competence Delimitation
of the European Union Institutions in the Field of Antitrust Policy* 170
- Pozhilova N. A.** *Legal Regulation of Investment Funds
in the European Union and the Russian Federation* 176

FOREIGN EXPERIENCE

- Atakishi A. M.** *Adversarial Principle and Concept of Truth
in Criminal Proceedings of the Republic of Azerbaijan* 182

COMPARATIVE LEGAL STUDIES

- Molchanov N. A., Trubacheva K. I.** *Economic and Legal Features
and Consequences of the UK Exit from the European Union* 196
- Vaino A. A.** *Legal Drafting in Islamic Law* 204

Институционализация губернских судебных учреждений в губерниях Российской империи при Екатерине II

Аннотация. В статье изучаются особенности институционализации судебных учреждений губернского уровня, созданных Екатериной Великой в ходе реализации административно-судебной реформы и функционировавших на основе Учреждений для управления губерний Всероссийской империи.

Автор излагает свой взгляд на проблему периодизации этапов административно-судебной реформы, устанавливает систему судебных органов губернского уровня, попутно вводя их классификацию по сфере деятельности, сословной принадлежности и сфере территориальной подведомственности дел.

Отмечается, что на уровне губернии могли создаваться по одной палате гражданского и уголовного суда, один губернский магистрат и такое количество верхних расправ и верхних земских судов, какое требовалось в зависимости от численности населения в губернии.

Устанавливая особенности структуры и функционирования судебных учреждений, автор приходит к выводу о том, что их личный состав не всегда соответствовал требованиям, предъявляемым законодателем к классному чину.

Ключевые слова: губернское управление, губернская реформа, административно-судебная реформа, судебная реформа, судебное управление, судебная система, судебные палаты, всесословные судебные учреждения, сословные судебные учреждения, губернский магистрат, верхний земский суд, верхняя расправа.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.011-022

Империя Екатерины II, помимо прочих великих свершений, в истории государства и права России часто связывают с административно-судебной реформой 1775 г.

Основной идеей такой реформы явилась мысль перенести функции административного

и судебного управления с центрального уровня на уровень отдельных губерний. Такой шаг, с одной стороны, обрек систему центральных коллегий, созданную Петром I, на уничтожение, а с другой стороны, через сокращение количества и компетенции коллегий дал импульс станов-

© Страхов С. Е., 2019

* *Страхов Сергей Евгеньевич*, преподаватель кафедры государственно-правовых дисциплин Северо-Западного института (филиала) Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), соискатель кафедры истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

strakhov@inbox.ru

160000, Россия, г. Вологда, ул. Марии Ульяновой, д. 18

лению министерской системы управления, что к 1802 г. вылилось в создание вместо коллегий 8 министерств.

Основным программным документом реформы стали Учреждения для управления губерний Всероссийской империи, принятые в 1775 г.¹

Следует отметить, что в историографии наименования этого нормативного документа встречаются как во множественном числе (по большей части — у наших современников, например у И. А. Исаева², Ю. П. Титова³, Н. А. Омельченко⁴), так и в единственном («Учреждение о губерниях»). Последнее характерно в основном для исследований XIX — начала XX в., например для работ В. О. Ключевского⁵, Н. М. Коркунова⁶, Ю. В. Готье⁷ и других.

По мнению многих исследователей, реформы местного управления Екатерины II, в которые традиционно включают и ее судебную реформу, являются одним из самых важных направлений ее законотворческой деятельности, или, по меткому выражению Т. Л. Мигуновой, «центральной темой» ее правления⁸.

Это утверждение позволяет ученым выделять в правлении Екатерины Великой несколько периодов, связанных с реформами местного управления и суда. Так, дореволюционный ис-

следователь В. Г. Григорьев выделяет 3 этапа: подготовительный этап (до 1775 г.), связанный с подготовкой Наказов 1767—1768 гг. и деятельностью Уложенной комиссии, период проведения реформ (1775—1785), начавшийся принятием Учреждений для управления губерниями Всероссийской империи и окончившийся изданием Грамот на права и выгоды городам Российской империи, а также на права, вольности и преимущества благородного российского дворянства, более известных соответственно как Жалованная грамота городам⁹ и Жалованная грамота дворянству¹⁰, и период реализации установленных законоположений (с 1785 г.)¹¹.

Вышеупомянутая Т. Л. Мигунова, в целом соглашаясь с В. Г. Григорьевым, расширяет и уточняет его периодизацию, выделяя 4 периода в деятельности Екатерины Великой по преобразованию административных и судебных учреждений Российской империи: первый этап — подготовительный (до 1775 г.), второй этап — с 1775 по 1781 г., третий — с 1781 по 1785 г., четвертый — с 1785 по 1796 г.¹²

В основу деления этапов положены примерно те же соображения, которые высказывались В. Г. Григорьевым, но развитие и уточнение Т. Л. Мигуновой периодизации В. Г. Григорьева заключается в том, что второй этап (1775—

¹ Учреждения для управления губерний Всероссийской империи от 7 ноября 1775 года // ПСЗРИ. С. I. Т. XX. № 14392.

² См., например: Исаев И. А. История государства и права России : учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юрист, 2004.

³ См., например: Титов Ю. П. Хрестоматия по истории государства и права России. М. : Проспект, 1997.

⁴ См., например: Омельченко Н. А. История государственного управления : учебник для бакалавров. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2014.

⁵ См., например: Ключевский В. О. Курс русской истории. СПб., 1904.

⁶ См., например: Коркунов Н. М. Русское государственное право. СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1909.

⁷ См., например: Готье Ю. В. История областного управления от Петра I до Екатерины II. М., 1913. Т. 1.

⁸ Мигунова Т. Л. Административно-судебная и правовая реформы Екатерины Великой: историко-правовой аспект : дис. ... д-ра юрид. наук. Владимир, 2008. С. 241.

⁹ Грамота на права и выгоды городам Российской империи // Российское законодательство X—XX вв. : в 9 т. Т. 5 : Законодательство периода расцвета абсолютизма / отв. ред. Е. И. Индова. М. : Юрид. лит., 1987. С. 68—129.

¹⁰ Грамота на права, вольности и преимущества благородного российского дворянства // Российское законодательство X—XX вв. С. 23—53.

¹¹ Григорьев В. Г. Реформа местного управления при Екатерине. СПб. : Русская скоропечатня, 1910. С. 99.

¹² Мигунова Т. Л. Указ. соч. С. 241—244.

1785 г., период проведения реформ), разбит Т. Л. Мигуновой на два самостоятельных этапа: второй (1775—1781 гг.) и третий (1781—1785 гг.). Связано это с тем, что Т. Л. Мигунова выделяет в отдельный этап принятие Устава благочиния и Жалованных грамот, ссылаясь на то, что принятие указанных нормативных актов явилось продолжением реформы в контексте развития сословного законодательства¹³.

В контексте исследования мы сделаем акцент на судебные преобразования в рамках административно-судебной реформы Екатерины Великой и в связи с этим выделим три этапа развития законодательства о судоустройстве в этот период: подготовительный (с 1767 по 1775 г.), этап нормотворчества (с 1775 по 1780 г.), этап реализации нормативно установленных судебных преобразований (с 1780 по 1796 г.).

Временные рамки указанных этапов обусловлены следующим.

Первый этап, названный нами, как и иными исследователями, подготовительным, связан с деятельностью Уложенной комиссии и изданием Екатериной Великой Наказа в 1767 г., в котором изложены основные идеи преобразования, в том числе и судебной части, в Российской империи.

Строго говоря, Манифест о созыве уложенной комиссии был издан Екатериной 14 декабря 1766 г.¹⁴, но мы, принимая во внимание протяженность исторических процессов и тот факт, что основную свою деятельность Комиссия начала в следующем году, все же обозначим годом начала подготовительного этапа 1767 г.

Конец подготовительного этапа и начало следующего, поименованного нами как «этап нормотворчества», связаны с изданием 7 ноября 1775 г. Учреждений для управления губерниями Всероссийской империи — основополагающего, как уже указывалось выше, акта судебно-административной реформы Екатерины. Хронологическая протяженность данного этапа связана с тем, что указанные Учреждения были изданы

в два этапа. Первая часть, в которую вошли все основные положения, — 7 января 1775 г., вторая, в которую вошли три главы, регулирующие создание надворных судов в Москве и Санкт-Петербурге и особенности их взаимодействия с административными учреждениями — 4 января 1780 г. На этом этап нормотворчества, на наш взгляд, следует считать завершенным, поскольку все остальные действия, в том числе создание 40 губерний в 1781 г. как событие, на которое Т. Л. Мигунова указывает как на окончание нормотворческого этапа¹⁵, происходили уже на основании и во исполнение ранее принятого основополагающего акта — Учреждений о губерниях.

Этап реализации нормативно установленных судебных преобразований (1780—1796) ознаменовался созданием в Российской империи судебных учреждений в соответствии с Учреждениями для управления губерниями Всероссийской империи. Конец этого этапа связан со смертью Екатерины II 6 ноября 1796 г. На этом закончился период Екатерининских судебных реформ, но не окончилось дальнейшее преобразование судебной системы.

Остановимся подробнее на системе судебных учреждений в соответствии с Учреждениями для управления губерниями Всероссийской империи.

Для наилучшего уяснения сути вопроса предлагается сначала ввести классификацию судебных органов и затем обозначить правовой статус каждого судебного органа.

Систему судебных учреждений времен Екатерининской судебной реформы, на наш взгляд, можно классифицировать по трем основаниям: по сфере деятельности, по сфере территориальной подведомственности и по сословному признаку.

По сфере деятельности выделялись общие суды (уездный суд, нижний и верхний земские суды, городской и губернский магистрат, нижняя и верхняя расправы, палаты гражданского

¹³ Мигунова Т. Л. Указ. соч. С. 244.

¹⁴ Указ «Об учреждении в Москве Комиссии для сочинения проекта нового Уложения и о выборе в оную депутатов» от 14 декабря 1766 года // ПСЗРИ. С. I. Т. XVII. № 12801.

¹⁵ Мигунова Т. Л. Указ. соч. С. 242.

и уголовного суда, Правительствующий сенат в лице кассационных департаментов) и специальные суды (словесный суд и ратуша, рассматривавшие торговые дела, дворянская опека и сиротский суд, ведавшие устройством судеб беспризорников, и совестный суд — некий аналог «судов справедливости», существующих в странах англосаксонской правовой семьи).

По сфере территориальной подсудности выделялись три уровня судов: уездный, губернский и общероссийский.

К уездному уровню относились: городской магистрат, нижний земский суд, уездный суд, нижняя расправа, сиротский суд и дворянская опека, к губернскому уровню — губернский магистрат, верхний земский суд и верхняя расправа, а также совестный суд и палаты гражданского и уголовного суда.

На общероссийском уровне действовал только лишь Правительствующий сенат в лице кассационных департаментов.

Обусловлено это основание классификации тем, что в соответствии с Учреждениями о губерниях городской магистрат, земский суд (нижний земский суд), уездный суд создавались по одному органу на уезд, а нижние расправы — в количестве, определяемом губернатором. Соответственно их число в отдельно взятой губернии должно было быть сопоставимо с числом уездов. На губернском же уровне допускалось существование одного суда губернского уровня на губернию (за исключением верхнего земского суда, губернского магистрата и верхней расправы).

Следовательно, в каждой губернии существовала одна палата уголовного суда, одна палата гражданского суда и такое количество верхних расправ и верхних земских судов, какое требовалось в зависимости от численности населения в губернии.

Наконец, в качестве органа, осуществлявшего высшую судебную власть, выступал Правительствующий сенат в лице кассационных департаментов, который, естественно, был создан в единственном числе.

Другое основание классификации — сословный признак — позволяет нам выделить сословные суды (городовой и губернский магистраты,

нижний и верхний земские суды, нижняя и верхняя расправы, сиротский суд, дворянская опека) и бессословные судебные органы (палаты гражданского и уголовного суда, совестный суд и Правительствующий сенат).

Эта классификация основана на ярко выраженном признаке сословности судебной системы Екатерины Великой, проявляющемся в том, что для разных категорий населения на уездном и частично губернском уровне были созданы различные суды, а к бессословным судам относилось лишь одно звено на губернском уровне и единственное звено на общероссийском уровне.

Учитывая сложность для восприятия двух не связанных между собой оснований для классификации, целесообразно, на наш взгляд, предложить классификацию смешанную:

- сословные уездные судебные учреждения, к которым мы отнесем нижний земский суд, дворянскую опеку, уездный суд, городской магистрат, сиротский суд, нижнюю расправу, а также ратушу и словесный суд;
- сословные губернские судебные учреждения, к которым относятся верхний земский суд, губернский магистрат и верхняя расправа;
- бессословные губернские судебные учреждения: палата гражданского суда и палата уголовного суда, совестный суд;
- бессословные общероссийские судебные учреждения: Правительствующий сенат в лице кассационных департаментов.

Рассмотрим структуру, компетенцию и порядок взаимодействия всесословных судебных учреждений, к каковым относились палаты гражданского и уголовного суда, более подробно.

В каждой губернии учреждалась палата уголовного суда. В палате уголовного суда «...заседает председатель один, два советника и два ассессора». Аналогичным образом в каждой губернии учреждалась палата гражданского суда, в которой состоял один председатель, два его советника и два ассессора (ст. 8—9).

Назначение председателей палат осуществлялось монархом по представлению Сената: «...председателей палат... Сенат, избирая достойных людей на каждое порожнее место, по два,

внесет о том доклад императорскому величеству, и ожидает повеления» (ст. 60). Советники и ассессоры палат назначались Сенатом самостоятельно, без согласования с монархом (ст. 61).

Статус председателя, советников и ассессоров палат гражданского и уголовного суда определялся в соответствии со ст. 48—51 Уложения о губерниях.

Председатель палаты уголовного суда, председатели палаты гражданского суда «...буде чина выше того не имеют, считаются, в пятом классе за уряд, пока в должности пребывают...». Советники же палат уголовного и гражданского суда пребывали в шестом классе, если, по аналогии с председателями палат, не имели чина выше.

Для ассессоров палат уголовного и гражданского суда было установлено подобное же правило, но пребывали они в восьмом классе. В соответствии с Табелью о рангах, к пятому классу относился гражданский чин статского советника, к шестому — коллежского советника, а к восьмому — коллежский ассессор¹⁶.

Примечательно, что в период введения в действие Учреждения о губерниях все эти чины давали право не только на личное, но и на потомственное дворянство, при этом коллежский ассессор был первым чином в Табели о рангах, с которого начиналась такая возможность. Лишь в 1845 г. чин коллежского ассессора перестал давать право на потомственное дворянство, такое право сохранилось за чинами на-

чиная с надворного советника (седьмой класс), а с 1856 г. — за чинами начиная с коллежского советника (шестой класс)¹⁷.

Интересно отметить, что численный состав палат не всегда соответствовал требованиям, предъявляемым законодателем к классному чину.

Рассмотрим указанный феномен на примере Вологодской губернии.

Так, председатель Вологодской палаты уголовного суда в 1853—1856 годах¹⁸ Е. И. Завистьцкий состоял в чине коллежского советника, который, в соответствии с Табелью о рангах, относился к шестому классу, а не к пятому, как того требовали Учреждения о губерниях.

Преемник Е. И. Завистьцкого, А. И. Олешов, начиная службу в качестве председателя Вологодской палаты уголовного суда в 1860 г., также состоял в чине коллежского советника¹⁹, получив необходимый для занятия этой должности чин статского советника только в 1864 г.²⁰ и пробыв в ней вплоть до 1866 г.²¹, когда покинул пост председателя Вологодской палаты уголовного суда в связи с ее реорганизацией.

Что же касается Вологодской палаты гражданского суда, ее бессменный с 1853 по 1866 г. председатель, П. Д. Пузыревский-Пузан, начал службу в чине надворного советника (седьмой класс против необходимого пятого)²², получил чин коллежского советника (шестой класс) в 1860 г.²³, а необходимый чин статского советника (пятый класс) в 1861 г.²⁴, при том что това-

¹⁶ Табель о рангах всех чинов, воинских, статских и придворных, которые в котором классе чины; и которые в одном классе, те имеют по старшинству времени вступления в чин между собою, однако ж воинские выше прочих, хотя б и старее кто в том классе пожалован был // ПСЗРИ. С. I. Т. VI. № 3890.

¹⁷ Указ «О приобретении потомственного дворянства производством по гражданской службе в действительные статские советники или соответствующий сему чину 4-й класс, а по военной в полковники или же в соответствующий оному чин флота капитана 1-го ранга» от 9 декабря 1856 года // ПСЗРИ. С. II. Т. XXXI. № 3126.

¹⁸ Справочная книжка для Вологодской губернии на 1853 год. Вологда : Губ. тип., 1853. С. 19 ; Справочная книжка для Вологодской губернии на 1856 год. Вологда : Губ. тип., 1856. С. 19.

¹⁹ Памятная книжка для Вологодской губернии на 1860 год. Вологда : Тип. губ. правл., 1860. С. 12.

²⁰ Памятная книжка Вологодской губернии на 1864 год. Вологда : Губ. тип., 1864. С. 11.

²¹ Памятная книжка Вологодской губернии на 1865 и 1866 годы. Вологда : Губ. тип., 1866. С. 8.

²² Справочная книжка для Вологодской губернии на 1853 год. С. 19.

²³ Памятная книжка для Вологодской губернии на 1860 год. С. 13.

²⁴ Памятная книжка для Вологодской губернии на 1861 год / составл. по распоряжению господина начальника губернии. Вологда : Тип. губ. правл., 1861. С. 17.

рищ председателя в 1853—1859 гг., И. П. Волков, имел чин статского советника уже в 1853 г.²⁵

Далее следует отметить, что в 1866 г. П. Д. Пузыревский-Пузан уже имел чин действительного статского советника (четвертый класс)²⁶, что, вероятнее всего, позволило ему получить приоритет перед председателем Вологодской палаты уголовного суда, статским советником А. И. Олешовым, при назначении в 1867 г. на должность председателя объединенной Вологодской палаты уголовного и гражданского суда²⁷, в которой он пробыл вплоть до ликвидации Вологодской палаты уголовного и гражданского суда в 1874 г.²⁸, в связи с созданием Вологодского окружного суда.

Компетенция палаты уголовного суда состояла из рассмотрения уголовных дел по первой инстанции, а также из полномочий по апелляционному пересмотру и ревизии некоторых категорий уголовных дел.

Так, по первой инстанции палата уголовного суда рассматривала «...особенно уголовные и следственные дела в преступлении должностей в той губернии» (ст. 106).

Ревизия уголовных дел представляла собой «...прилежное рассмотрение, произведено ли дело порядочно и сходственно с законами, сколь для оправдания невинности, столь и для приведения в ясность преступления, или для обличения преступника...» и допускалась по делам, которые подвергают обвиняемого лишению жизни или чести. Кроме того, ревизия предполагала участие в деле наместника или губернатора, который и утверждал приговор.

Палата гражданского суда имела тождественные палате уголовного суда полномочия в гражданских делах, но напрямую законодателем был предусмотрен только ревизионный порядок ее деятельности.

Так, предусматривалось, что палата гражданского суда осуществляет полномочия суда апелляционной инстанции «для ревизии» по отношению к решениям верхнего земского суда, верхней расправы и губернского магистрата и определялась суть ревизии гражданских дел, которая, будучи чрезвычайно сходна с ревизией дел уголовных, отличалась от нее тем, что «прилежное рассмотрение, произведено ли дело порядочно и сходственно с законами» необходимо было не для оправдания невинности или приведения в ясность преступления, а для «...приведения в ясность права оправданной стороны и для опровержения мнимого права противоречащей стороны».

Для обеих палат были провозглашены некоторые общие принципы правосудия, такие как законность («Палаты да не решат иначе, как в силу государственных узаконений»), территориальное ограничение компетенции («Палата да не пошлет указы токмо в подчиненные ей места»), гласность решений («...Палатские решения не иначе объявляются, как прочтением при открытых дверях решительного определения той палаты; буде решение которой палаты к обнародованию для публики той губернии следует, да пошлется для того в наместническое правление...»), равенство полномочий («Палата всякая избегает случая входить во власть другой палаты, и не пересылается с подчиненным другой палате местом; одна палата не может отменить решение другой палаты, ни собственных своих решений перевершивать»). Кроме того, предусматривался порядок взаимодействия палат между собой, а также порядок обжалования решений и приговоров палат, которые могли быть обжалованы в Сенат, при условии, что тяжба идет о деле, цена которого более 500 рублей.

²⁵ Справочная книжка для Вологодской губернии на 1853 год. Вологда : Губ. тип., 1853. С. 20.

²⁶ Памятная книжка Вологодской губернии на 1865 и 1866 годы. С. 9.

²⁷ Памятная книжка Вологодской губернии на 1867 и 1868 г., изданная Вологодским губернским статистическим комитетом / под ред. и исправ. долж. секретаря комитета Ф. А. Арсеньева. Вологда : Тип. губ. правл., 1868. С. 8.

²⁸ Памятная книжка Вологодской губернии на 1873 год, изданная Вологодским губернским статистическим комитетом / под ред. члена-секретаря комитета Ф. А. Арсеньева. Вологда : Тип. Волог. губ. правл., 1873. С. 9.

К сословным губернским судебным учреждениям, как уже было сказано выше, относились верхний земский суд, в котором подлежали рассмотрению дела дворян, губернский магистрат, где рассматривались дела горожан и разночинцев, а также верхняя расправа, чье-му суду подлежали государственные крестьяне, однодворцы и ямщики.

Верхний земский суд учреждается «...в каждом наместничестве или губернии... а буде обширность наместничества того требует, то дозволяется учредить в наместничестве более одного верхнего земского суда...» (ст. 13).

Аналогичные правила существовали для верхнего губернского магистрата (ст. 306) и верхней расправы (ст. 350), которые также создавались в каждом наместничестве или губернии с возможностью, при необходимости, создания нескольких таких органов.

В состав верхнего земского суда (ст. 14) и верхней расправы (ст. 351) входят 2 председателя («первый и второй») и 10 заседателей, а в состав губернского магистрата — 2 председателя (так же «первый и второй») и 6 заседателей (ст. 307).

Из текста Уложений о губерниях не следует, что именование председателей Верхнего земского суда «первым» и «вторым» влекло какие-либо различия их статуса, следовательно, мы можем сделать вывод о том, что их именование носило лишь формальный характер, не давая «первому» председателю каких-либо приоритетов перед «вторым».

Структурно верхний земский суд, верхняя расправа и губернский магистрат состояли из двух департаментов.

Первому департаменту поручалось рассмотрение и разрешение уголовных дел, для чего в составе первого департамента определялся первый председатель и 5 заседателей — в верхнем земском суде и верхней расправе и 3 — в губернском магистрате. Второму департаменту, соответственно, поручалось ведение гражданских дел под председательством второго председателя и с участием 5 заседателей в верхнем земском суде и верхней расправе и 3 — в губернском магистрате.

Компетенция Верхнего земского суда определяется исчерпывающим образом: «В Верхний

Земский Суд вносятся по апелляции на Уездные Суды, Дворянская Опек и Нижние Земские Суды все дела, жалобы и тяжбы дворянская и на Дворянина как гражданская, так и уголовная дела, касающиеся до вотчин, привилегий, завещаний до наследства в имении и до права наследования, спорные о владении, тяжкие до безчестия и до права Стряпчих касающиеся, та-кож и все дела разночинцев тех, кои по правам апелляции на Уездные и Нижние Земские Суды непосредственно до Верхнего Земского Суда принадлежат» (ст. 173).

Верхнему земскому суду при этом подчинены нижние земские суды, уездные суды и дворянские опеки «его окружности» (ст. 172).

В губернский магистрат вносятся все дела «...до привилегий, спорных владений, или прочие дела до целого города, или до права стряпчих касающиеся. Сии дела и переносы, или апелляции на городские магистраты, сиротские суды и ратуши непосредственно до губернского магистрата принадлежат» (ст. 315).

Губернскому магистрату подчиняются городские магистраты, ратуши и сиротские суды в губернии его ведения (ст. 314).

В верхнюю же расправу вносятся «...все дела по апелляции на нижнюю расправу, жалобы и тяжбы до подсудных ей селений и людей как уголовные, так и гражданские или до целого селения, или до права стряпчих касающиеся. Сии дела и переносы, или апелляции на нижнюю расправу и на нижний земский суд [где сей верхней расправе подчинен] не посредственно до верхней расправы принадлежат» (ст. 359).

В ведении верхней расправы находятся нижняя расправа и нижний земский суд, в тех губерниях, где не создан верхний земский суд (ст. 358).

Таким образом, мы можем сделать вывод о том, что сословные губернские судебные учреждения были судами чисто апелляционной инстанции для сословных уездных судебных учреждений, причем по уголовным делам сословные губернские судебные учреждения не имели права окончательного решения, поскольку, верхний земский суд (ст. 179), губернский магистрат (ст. 322) и верхняя расправа (ст. 366) были

обязаны «по окончании сентенции, не производя ее в действие», направить уголовное дело в палату уголовного суда для ревизии.

Существовало у сословных губернских судебных учреждений и интересное полномочие по пресечению злоупотреблений правом обращения в суд: в случае, если «...проситель ни малейшей правости не имел вчинать дела в уездном суде, и что вчинал дело без всякой причины и вида справедливого основания, или по одной ябеде, тогда за пустое вчинание спора и тяжбы...» верхний земский суд, губернский магистрат и верхняя расправа могли наложить на него «...пеню двадцать пять рублей, кои отдадутся на содержание школ в том уезде, где бил челом напрасно...» (ст. 179, 321, 365).

В этом законоположении мы видим одновременно и штрафную санкцию для лица, злоупотребившего правом, и попытку повысить за счет таких лиц благосостояние социально важных учреждений региона.

Следует также отметить, что заседания сословных губернских судебных органов, в отличие от заседаний палат гражданского и уголовного суда, носили сессионный характер.

Сессии сословных губернских судебных органов созывались три раза в год (ст. 185, 327, 371).

Первая сессия проводилась с 8 января до страстной недели (последняя неделя перед христианским православным праздником Пасхи²⁹, дата которого рассчитывается по лунно-солнечному календарю³⁰ и поэтому носит «плавающий», переходящий характер, обычно приходясь на середину второй декады апреля³¹).

Вторая сессия созывалась «после Троицы на дни до 27 июня» (Троицын день (Троица) — день народного календаря, отмечающийся на пятидесятый день с Пасхи и всегда приходившийся на воскресенье³²).

Здесь необходимо отметить, что в связи с уже упомянутыми выше особенностями календарного исчисления дня праздника Пасхи и учитывая тот факт, что Троицын день зависит от этой даты, продолжительность второй сессии сословных губернских судебных органов могла колебаться от трех дней до месяца.

Для третьей сессии срок был установлен жестко — с 2 октября по 18 декабря.

В период между сессиями верхнего земского суда, губернского магистрата и верхней расправы в них ежемесячно заседали по два члена в каждом департаменте, при этом не имея права разрешать дело по существу, но имея возможность выносить временные резолюции (ст. 190, 332, 376).

Кроме того, в случаях крайней необходимости указанные органы могли созываться «буде нужда того требует» или по инициативе губернатора (ст. 189, 331, 375).

Приговоры и решения сословных губернских судебных органов могли быть обжалованы в ревизионном порядке в палаты уголовного или гражданского суда при условии соблюдения срока обжалования (неделя), уплаты пошлины (100 руб., которые возвращались в случае выигрыша дела в палате) и расписки под присягой «о том, что он по истинне думает, что он правое дело имеет» (ст. 174, 316, 360). При этом существовал запрет обжаловать решения по делам, цена которых ниже 100 руб. (ст. 175, 317, 361).

Как мы видим, структура, функции и полномочия сословных губернских судебных учреждений практически одинаковы. Наиболее серьезные различия кроются в порядке избрания в этот суд заседателей, а также в статусе председателей судов и заседателей.

В верхний земский суд 10 заседателей выбирались дворянством тех уездов, которые

²⁹ Агапкина Т. А. Мифопоэтические основы славянского народного календаря. Весенне-летний цикл. М. : Индрик, 2002.

³⁰ Цыбульский В. В. Лунно-солнечный календарь стран Восточной Азии с переводом на даты европейского календаря (с 1 по 2019 г. н. э.) / отв. ред. Л. Р. Концевич ; Институт востоковедения АН СССР. М. : Наука (ГРВЛ), 1987.

³¹ Селешников С. И. История календаря и хронология. М. : Наука, 1970.

³² Агапкина Т. А. Славянские древности : этнолингвистический словарь / под ред. Н. И. Толстого. М. : Международные отношения, 2012. Т. 5. С. 320—325.

территориально подведомственны верхнему земскому суду, из дворян, проживающих в данной местности или хотя и записанных в дворянские списки, но не могущих отлучиться в силу исполнения служебных обязанностей (ст. 166). В губернский магистрат 6 заседателей избирались «по балам» из купцов и мещан (ст. 308). В верхнюю расправу заседатели избирались селениями (ст. 352), причем дозволялось избрать заседателей «...из дворян, или ученых людей, или из чиновных людей, или из разночинцев, или поселян безпорочных людей... и буде за ними нет явного порока, то губернатор дозволяет им заседание» (ст. 75).

При этом все избираемые заседатели всех сословных губернских учреждений избирались сроком на 3 года.

Статус первого и второго председателей всех сословных губернских учреждений, а также заседателей этих судов, определялся гл. II Учреждений для управления губерниями Всероссийской империи.

Так, первый и второй председатели верхнего земского суда пребывают в шестом классе (ст. 49), что соответствует чину коллежского советника, а заседатели верхнего земского суда (ст. 50), в свою очередь, пребывают в седьмом классе (что соответствует чину надворного советника).

Статус председателей и заседателей верхнего земского суда более высок, поскольку председатели губернского магистрата и верхней расправы обладают только седьмым классом (ст. 50) (надворный советник), заседатели губернского магистрата — десятым классом (ст. 53) (коллежский секретарь), а сельские заседатели верхней расправы и вовсе не состоят ни в каком классе, хоть и почитаются «...первыми в селениях своих между их равными» (ст. 58).

Что же касается тех заседателей верхней расправы, которые выбираются из дворян или чиновников (ст. 75), вполне очевидно, что они

состоят в том классе, который имеют в соответствии со своей должностью, а минимально необходимый класс здесь не регламентирован.

Таким образом, мы можем сделать вывод о том, что, несмотря на формальное равенство функций и полномочий всех сословных губернских судебных учреждений, в верхнем земском суде заседали люди более знатные, чем в губернском магистрате и верхней расправе. При этом в тех губерниях, в которых в силу малочисленности дворянского сословия или по каким-либо иным причинам верхний земский суд не создавался, могла сложиться следующая ситуация: нижний земский суд и уездный суд, в котором заседали дворяне, обладающие достаточно высоким классным чином, подчинялся верхней расправе, в которой теоретически дворянами могли быть только председатели.

Подводя итог нашему краткому исследованию, следует отметить, что Екатерининская судебная система хотя и носила достаточно упорядоченный характер, тем не менее обладала рядом серьезнейших недостатков: сложность и запутанность судебных инстанций, сословность, преимущественная письменность производства, зависимость судебной власти от исполнительной. Рассмотрению и анализу в рамках данной работы не подвергаются процедуры рассмотрения дел и прохождения их по инстанциям, но следует отметить, что судебные процедуры были многочисленны, многообразны и архаичны, а сроки рассмотрения дел порой затягивались на десятилетия.

В этих условиях, с учетом развивающихся социальных и экономических отношений, остро назрела необходимость реформирования судопроизводства и судопроизводства.

Со второй половины 1860-х гг. начинается процесс постепенной ликвидации сословных уездных судебных учреждений в связи с переходом к новой судебной системе, созданной в ходе Великой судебной реформы 1864 г.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Агапкина Т. А.* Мифопоэтические основы славянского народного календаря. Весенне-летний цикл. — М. : Индрик, 2002. — 816 с.
2. *Агапкина Т. А.* Славянские древности : этнолингвистический словарь / под ред. Н. И. Толстого. — М. : Международные отношения, 2012. — Т. 5.
3. *Готье Ю. В.* История областного управления от Петра I до Екатерины II. — М., 1913. — Т. 1.
4. Грамота на права и выгоды городам Российской империи // Российское законодательство X—XX вв. : в 9 т. / отв. ред. Е. И. Индова. — М. : Юрид. лит., 1987. — Т. 5 : Законодательство периода расцвета абсолютизма.
5. Грамота на права, вольности и преимущества благородного российского дворянства // Российское законодательство X—XX вв. : в 9 т. / отв. ред. Е. И. Индова. — М. : Юрид. лит., 1987. — Т. 5 : Законодательство периода расцвета абсолютизма.
6. *Григорьев В. Г.* Реформа местного управления при Екатерине. — СПб. : Русская скоропечатня, 1910.
7. *Исаев И. А.* История государства и права России : учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрист, 2004.
8. *Ключевский В. О.* Курс русской истории. — СПб., 1904.
9. *Коркунов Н. М.* Русское государственное право. — СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1909.
10. *Мигунова Т. Л.* Административно-судебная и правовая реформы Екатерины Великой: историко-правовой аспект : дис. ... д-ра юрид. наук. — Владимир, 2008. — 630 с.
11. Табель о рангах всех чинов, воинских, статских и придворных, которые в котором классе чины; и которые в одном классе. те имеют по старшинству времени вступления в чин между собою, однако ж воинские выше прочих, хотя б и старее кто в том классе пожалован был // ПСЗРИ. — С. I. — Т. VI. — № 3890.
12. *Омельченко Н. А.* История государственного управления : учебник для бакалавров. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2014.
13. Памятная книжка для Вологодской губернии на 1860 год. — Вологда : Тип. губ. правл., 1860.
14. Памятная книжка Вологодской губернии на 1864 год. — Вологда : Губ. тип., 1864.
15. Памятная книжка Вологодской губернии на 1865 и 1866 годы. — Вологда : Губ. тип., 1866.
16. Памятная книжка для Вологодской губернии на 1861 год / составл. по распоряжению господина начальника губернии. — Вологда : Тип. губ. правл., 1861.
17. Памятная книжка Вологодской губернии на 1867 и 1868 годы, изданная Вологодским губернским статистическим комитетом / под ред. и исправ. долж. секретаря комитета Ф. А. Арсеньева. — Вологда : Тип. губ. правл. 1868.
18. Памятная книжка Вологодской губернии на 1873 год, изданная Вологодским губернским статистическим комитетом / под ред. члена-секретаря комитета Ф. А. Арсеньева. — Вологда : Тип. Волог. губ. правл., 1873.
19. *Селешников С. И.* История календаря и хронология. — М. : Наука, 1970.
20. Справочная книжка для Вологодской губернии на 1853 год. — Вологда : Губ. тип., 1853.
21. Справочная книжка для Вологодской губернии на 1856 год. — Вологда : Губ. тип., 1856.
22. *Титов Ю. П.* Хрестоматия по истории государства и права России. — М. : Проспект, 1997.
23. Указ «Об учреждении в Москве Комиссии для сочинения проекта нового Уложения и о выборе в оную депутатов» от 14 декабря 1766 года // ПСЗРИ. — С. I. — Т. XVII. — № 12801.
24. Указ «О приобретении потомственного дворянства производством по гражданской службе в Действительные Статские Советники или соответствующий сему чину 4-й класс, а по военной в Полковники или же в соответствующий оному чин Флота Капитана 1-го ранга» от 9 декабря 1856 года // ПСЗРИ. — С. II. — Т. XXXI. — № 3126.

25. Учреждения для управления губерний Всероссийской империи от 7 ноября 1775 года // ПСЗРИ. — С. I. — Т. XX. — № 14392.
26. Цыбульский В. В. Лунно-солнечный календарь стран Восточной Азии с переводом на даты европейского календаря (с 1 по 2019 г. н. э.) / отв. ред. Л. Р. Концевич ; Институт востоковедения АН СССР. — М. : Наука (ГРВЛ), 1987.

Материал поступил в редакцию 18 октября 2018 г.

INSTITUTIONALIZATION OF GOVERNORATE JUDICIAL INSTITUTIONS IN GOVERNORATES OF THE RUSSIAN EMPIRE IN THE REIGN OF CATHERINE THE GREAT

STRAKHOV Sergey Eugenevich, Lecturer of the Department of State Law Disciplines of the North-West Institute (Branch) of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), PhD Applicant of the Department of History of the State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
strakhov@inbox.ru
160000, Russia, Vologda, ul. Marii Ulyanovoi, 18

Abstract. *The article examines the peculiarities of institutionalization of judicial institutions at the governorate level established by Catherine the Great in the course of administrative and judicial reform and on the basis of governing institutions administering governorates of the All-Russian Empire.*

The author provides his understanding of the problem of determining the stages of administrative and judicial reforms, establishes a system of judicial authorities at the governorate level, presents classification complying with a field of activity, a social status and the sphere of territorial jurisdiction of cases.

It is noted that, at the level of the governorate, only one chamber of a civil and criminal court, one governorate magistrate and as many verkhnyaya rasprava (court of second instance dealing with the cases of peasants and smallholders) and supreme zemstvo courts as were necessary due to the governorate could be established.

Determining the peculiarities of the structure and operation of judicial institutions, the author comes to the conclusion that their staff did not always correspond to the legislative requirements applied to a class rank.

Keywords: *governorate administration, governorate reform, administrative-judicial reform, judicial reform, judicial administration, judicial system, judicial chambers, judicial institutions used by all classes, class judicial institution, governorate magistrate, upper zemstvo court, verkhnyaya rasprava.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Agapkina T. A. Mifopoeticheskie osnovy slavyanskogo narodnogo kalendarya. Vesenne-letniy tsikl. — М. : Indrik, 2002. — 816 s.
2. Agapkina T. A. Slavyanskije drevnosti : etnolingvisticheskiy slovar' / pod red. N. I. Tolstogo. — М. : Mezhdunarodnye otnosheniya, 2012. — Т. 5.
3. Got'e Yu. V. Istoriya oblastnogo upravleniya ot Petra I do Ekateriny II. — М., 1913. — Т. 1.
4. Gramota na prava i vygody gorodam Rossiyskoy imperii // Rossiyskoe zakonodatel'stvo X—XX vv. : v 9 t. / отв. ред. Е. И. Indova. — М. : Yuridicheskaya literatura, 1987. — Т. 5 : Zakonodatel'stvo perioda rastsveta absolyutizma.
5. Gramota na prava, vol'nosti i preimushchestva blagorodnogo rossiyskogo dvoryanstva // Rossiyskoe zakonodatel'stvo X—XX vv. : v 9 t. / отв. ред. Е. И. Indova. — М. : Yuridicheskaya literatura, 1987. — Т. 5 : Zakonodatel'stvo perioda rastsveta absolyutizma.

6. *Grigor'ev V. G.* Reforma mestnogo upravleniya pri Ekaterine. — SPb. : Russkaya skoropechatnya, 1910.
7. *Isaev I. A.* Istoriya gosudarstva i prava Rossii : uchebnik. — 3-e izd., pererab. i dop. — M. : Yurist, 2004.
8. *Klyuchevskiy V. O.* Kurs russkoy istorii. — SPb., 1904.
9. *Korkunov N. M.* Russkoe gosudarstvennoe pravo. — SPb. : Tip. M. M. Stasyulevicha, 1909.
10. *Migunova T. L.* Administrativno-sudebnaya i pravovaya reformy Ekateriny Velikoy: istoriko-pravovoy aspekt : dis. ... d-ra yurid. nauk. — Vladimir, 2008. — 630 s.
11. Tabel' o rangakh vseh chinov, voinskih, statskikh i pridvornyykh, kotorye v kotorom klasse chiny; i kotorye v odnom klasse. te imeyut po starshinstvu vremeni vstupleniya v chin mezhdub soboyu, odnako zh voinskie vyshe prochikh, khotya b i staree kto v tom klasse pozhalovan byl // PSZRI. — S. I. — T. VI. — № 3890.
12. *Omel'chenko N. A.* Istoriya gosudarstvennogo upravleniya : uchebnik dlya bakalavrov. — 2-e izd., pererab. i dop. — M. : Yurayt, 2014.
13. Pamyatnaya knizhka dlya Vologodskoy gubernii na 1860 god. — Vologda : Tip. gub. pravl., 1860.
14. Pamyatnaya knizhka Vologodskoy gubernii na 1864 god. — Vologda : Gub. tip., 1864.
15. Pamyatnaya knizhka Vologodskoy gubernii na 1865 i 1866 gody. — Vologda : Gub. tip., 1866.
16. Pamyatnaya knizhka dlya Vologodskoy gubernii na 1861 god / sostavl. po rasporyazheniyu gospodina nachal'nika gubernii. — Vologda : Tip. gub. pravl., 1861.
17. Pamyatnaya knizhka Vologodskoy gubernii na 1867 i 1868 gody, izdannaya Vologodskim gubernskim statisticheskim komitetom / pod red. i isprav. dolzh. sekretarya komiteta F. A. Arsen'eva. — Vologda : Tip. gub. pravl. 1868.
18. Pamyatnaya knizhka Vologodskoy gubernii na 1873 god, izdannaya Vologodskim gubernskim statisticheskim komitetom / pod red. chlena-sekretarya komiteta F. A. Arsen'eva. — Vologda : Tip. Volog. gub. pravl., 1873.
19. *Seleshnikov S. I.* Istoriya kalendarya i khronologiya. — M. : Nauka, 1970.
20. Spravochnaya knizhka dlya Vologodskoy gubernii na 1853 god. — Vologda : Gub. tip., 1853.
21. Spravochnaya knizhka dlya Vologodskoy gubernii na 1856 god. — Vologda : Gub. tip., 1856.
22. *Titov Yu. P.* Khrestomatiya po istorii gosudarstva i prava Rossii. — M. : Prospekt, 1997.
23. Ukaz «Ob uchrezhdenii v Moskve Komissii dlya sochineniya proekta novogo Ulozheniya i o vybore v onuyu deputatov» ot 14 dekabrya 1766 goda // PSZRI. — S. I. — T. XVII. — № 12801.
24. Ukaz «O priobretenii potomstvennogo dvoryanstva proizvodstvom po grazhdanskoy sluzhbe v Deystvitel'nye Statskie Sovetniki ili sootvetstvuyushchiy semu chinu 4-y klass, a po voennoy v Polkovniki ili zhe v sootvetstvuyushchiy onomu chin Flota Kapitana 1-go ranga» ot 9 dekabrya 1856 goda // PSZRI. — S. II. — T. XXXI. — № 3126.
25. Uchrezhdeniya dlya upravleniya guberniy Vserossiyskoy imperii ot 7 noyabrya 1775 goda // PSZRI. — S. I. — T. XX. — № 14392.
26. *Tsybul'skiy V. V.* Lunno-solnechniy kalendar' stran Vostochnoy Azii s perevodom na daty evropeyskogo kalendarya (s 1 po 2019 g. n. e.) / otv. red. L. R. Kontsevich ; Institut vostokovedeniya AN SSSR. — M. : Nauka (GRVL), 1987.

Правовые принципы в судебной практике системы общего права

Аннотация. В рамках статьи рассмотрено общее представление о подходах в системе общего права к пониманию правовых принципов, направленных на обеспечение стабильности и единообразия правового регулирования. В работе последовательно рассматривается закрепление принципов права в прецедентной системе стран общего права. По итогам проведенного исследования автор приходит к выводу, что дальнейшее использование принципов права в российской судебной системе должно идти по двум направлениям: взвешенной и рассудительной выработки судами новых алгоритмов применения важнейших общих начал гражданского законодательства к конкретным гражданско-правовым спорам и обобщение наиболее успешных практик поиска этих алгоритмов в виде руководящих разъяснений Верховного Суда РФ с приданием этим документам подлинно значимого веса, определяющего их универсальное и повсеместное применение в практике нижестоящих судов.

Ключевые слова: принципы права, судебная практика, система общего права, прецедентная система, Великобритания, США.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.023-032

Последние годы и десятилетия характеризуются постоянным ростом общемировой универсализации подходов к правовому регулированию общественных отношений, стиранию границ между традициями правовых систем в поиске максимально эффективных решений для интересов предпринимательства, инвестиций и собственности. В России эта тенденция, в частности, проявлялась в активных попытках разработчиков ряда законопроектов включить в действующее законодательство целый ряд институтов британского коммерческого права; в предложениях признать «адаптированное»

действие в отечественной судебной системе так называемого прецедентного права. Этот краткий обзор призван дать специалистам возможность составить для себя общее представление о сформировавшихся в системе общего права подходах к пониманию правовых принципов, обеспечивающих стабильность и единообразие правового регулирования и позволяющих в том числе использовать прецедентную технику.

Характеризуя в целом закрепление принципов права в прецедентной системе стран общего права¹, следует отметить следующие особенности. Во-первых, для общего права не

¹ Здесь и далее при отсутствии специальной оговорки термин «общее право» используется как синоним терминов «англосаксонское» или «прецедентное» право в сравнении с континентальной правовой мо-

свойственно четкое обособление гражданского права как такового; в нем принято выделять отдельные системные сегменты правового регулирования — вещное, контрактное, деликтное, наследственное, семейное право и т.д., поэтому положения общего характера, содержащиеся в судебных прецедентах, часто относятся к общему построению всей правовой системы страны. Не проводится здесь как такового и разделения между материальным и процессуальным правом, и общие положения часто носят межотраслевой (в понимании континентального юриста) характер.

Во-вторых, широко известна существенно меньшая, чем в странах континентального права, роль законодательных актов в правовом регулировании, что неизбежно отражается и на методе формулировки наиболее значимых подходов к правовой практике². Так, несмотря на большее, чем в Великобритании, количество писаных законов, по-прежнему достаточно скупо закреплены правовые принципы на законодательном уровне в Соединенных Штатах Америки. Конституция США гарантирует неприкосновенность частной собственности. Модельный

коммерческий кодекс США (§ 1-103) провозглашает, что, если Кодексом не установлено иное, к регулируемым им отношениям применяются «принципы верховенства закона и справедливости, включая правила торговли; определения содержания контрактов; взаимоотношений принципала и агента; эстоппеля; последствий обмана, недопонимания, понуждения, ошибки при заключении сделок; банкротства; иных правил, определяющих действительность и недействительность оснований юридических последствий». Параграфы 1-201, 1-302 Кодекса устанавливают недопустимость отказа в пределах договора от предписанных законом обязательств добросовестности, усердия, разумности (определены договором могут быть только стандарты определения данных характеристик). Под добросовестностью понимаются честность и соблюдение разумных коммерческих стандартов честной торговли³.

В-третьих, для составления более или менее правильного представления о том, что в системе общего права принято понимать под правовыми принципами, важно учитывать общую методологию организации в этих системах правоохрани-

делью, а не в узком смысле в качестве обозначения старого английского права, существовавшего и до настоящего времени существующего наряду с «правом справедливости».

² Примером закрепления правового принципа непосредственно в тексте закона может служить Married Women's Property Act 1882 г., установивший, что замужние женщины должны иметь такие же права собственности, что и незамужние (см.: *Moran M. The Mutually Constitutive Nature of Public and Private Law // The Goals of Private Law / Ed. by A. Robertson, T. Wu. Oxford, 2009. P. 36*). По мнению представителей англосаксонской правовой школы, принципиальное различие между системами общего и гражданского права состоит в том, что система общего права сосредоточена на конкретных казусах и активно использует потенциал толкования общих правовых принципов, допуская при рассмотрении частных вопросов, возникающих перед судами, учет политической или общей прагматической точки зрения. Закон здесь может развиваться за счет прецедентной практики. Напротив, система гражданского права представляет собой кодифицированный свод общих абстрактных принципов, при помощи которого контролируется судебное усмотрение, хотя на практике все обстоит не так ортодоксально (см.: *Slapper G. How the Law Works. 2nd ed. NY, 2011. Pp. 69, 71, 106, 128—129, 149*).

³ Отдельные общие подходы к регулированию гражданско-правовых отношений содержат кодифицированные акты штатов и провинций. Так, Гражданский кодекс штата Луизиана содержит положения о неприкосновенности собственности (о возможности собственника осуществлять свое право в самых широких пределах, но не в противоречии законам и муниципальным актам (ст. 491); а также без посягательства на свободу соседа осуществлять его права и без угрозы причинения ему какого-либо вреда (ст. 667)). Аналогичным образом ст. 406 Гражданского кодекса канадской провинции Квебек гласит, что право собственности осуществляется в полной мере свободы, но не способами, запрещенными законом и правопорядком.

менения вообще и формулировки его общих положений и начал в частности. Исторически эта методология развивалась в контексте деятельности так называемых судов справедливости как более рациональной и гибкой альтернативы строгого и устаревшего королевского права (этот процесс обновления правил правового регулирования во многом был сходен с дополнением гражданского права преторским правом в Древнем Риме⁴). Рассматривая конкретные дела, суды справедливости устанавливали общие подходы к рассмотрению дел различных категорий, по сути формулируя правовые принципы, которые стали использоваться для разрешения более поздних споров. Таким образом, в соответствии со сложившейся в системе общего права традицией, многие основные правовые принципы были установлены и развиты судьями при разборе конкретных дел в рамках прецедентной практики *case to case* с применением доктрины *stare decisis* — «принцип, установленный ранее, должен применяться при рассмотрении последующих дел»⁵.

В-четвертых, характеризуя общие положения, имеющие общепризнанное значение для практики правового регулирования в странах общего права, следует отметить как явно заметное отличие содержания большинства этих положений от содержания тех постулатов, которые принято именовать принципами права в континентальной, в частности в российской, традиции, так и их не менее явную неоднородность даже в рамках самой англосаксонской системы⁶. В этой связи такие общие положения, очень разные по общей направленности, степени обобщенности, сфере возможного применения, но неизменно именуемые в англоязычной юридической литературе общим термином *legal principles*, целесообразно разделить на несколько категорий⁷.

К первой категории следует отнести положения общеправового, в основном гуманистического или, во всяком случае, аксиологического и этического характера. Первым и наиважнейшим в этом ряду следует назвать принцип верховенства права⁸. Примером общеправовых принципов может служить одно из наиболее

⁴ Сходство концепций развития правового регулирования в Древнем Риме и в средневековой Англии отмечал С. С. Алексеев. По его мнению, в английской доктрине прецедента обязательным образцом является не само по себе состоявшееся судебное решение, а *ratio decidendi* — заложенные в нем принцип, идея, правовые мотивы, юридическая суть решения, т.е. мнение нормообразующего характера; здесь «в саму органику правовой жизни заложены первородные основы истинного правоправедения, которое неизбежно выводит на фундаментальные юридические идеалы и ценности» (Алексеев С. С. Восхождение к праву. М., 2001. С. 191, 297—298, 458).

⁵ Придавая судебным решениям по конкретным делам значение общеправовых принципов, англосаксонская доктрина, помимо квалификации юристов, отдает должное так называемому *common sense* — обычному, «народному» пониманию закона в дополнение к преобладающим в правовой системе экспертной и технической составляющим, что достигается участием в рассмотрении судебных дел жюри присяжных.

⁶ В литературе отмечается, что иным образом, по сравнению с отечественной доктриной, понимается термин «принцип права» и в международном праве — там он звучит в большей степени как особая разновидность правовых норм, имеющих более общий характер и выполняющих функции системообразующего элемента для конкретной области права (см.: Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб., 2002. С. 39—40).

⁷ К отдельной категории *sui generis* следует отнести принципы, разработанные в научной доктрине общего права и при этом являющие собой пример абсолютно виртуальных юридических абстракций: таковы «первичная норма» Кельзена, «норма признания» Харта и моральные принципы, наряду с нормами образующие законодательство, у Дворкина.

⁸ В англоязычной литературе этот принцип именуется универсальным краеугольным камнем стабильного общества, позволяющим каждому человеку, группе людей или обществу в целом определять, в чем состоят установленные по поводу чего-то общественные правила, и действовать в их рамках или предпринимать попытки их изменения (см.: Slapper G. Op. cit. P. 6—7).

фундаментальных положений утилитаризма — сформулированный И. Бентамом принцип «наибольшего благополучия»⁹. К этой категории по своей сути должны относиться базовые принципы морально-нравственного содержания, признаваемые западными учеными ряда направлений теории и философии права в качестве основ позитивного законодательства¹⁰.

Ко второй категории могут быть отнесены положения, которые характеризуются столь же высокой степенью абстракции, но имеют более явное значение для регулирования собственно гражданских правоотношений (их аналогов в понимании системы общего права). К ней, в частности, можно отнести восходящий к философскому учению Юма принцип взаимной воздержанности — «я соглашаюсь уважать то, что другой привязан к какому-то имуществу, взамен на аналогичное уважение в отношении меня»¹¹; принцип равной безопасности — «каждый имеет право на максимум безопасности в той степени, в которой это совместимо с аналогичным объемом безопасности для других; каждый вправе быть в безопасности в пределах своего (собственная личность и собственность должны быть свободны от посторонней эксплуатации)»; общий принцип равенства — «каждый член справедливого общества имеет право на равный с окружающими набор базовых свобод; каждый индивид имеет право на уважительное отношение; ко всем людям следует относиться одинаково; любые виды социального и эконо-

мического неравенства должны отвечать двум условиям — осуществляться учреждениями, действующими в контексте прозрачности, открытого доступа и равенства, и вести в конечном счете к существенным выгодам других членов общества»¹². Широкое применение имеют принципы, в континентальном понимании тяготеющие к принципу справедливости: если нарушитель выигрывает от нарушения им общего правила, которому подчиняются остальные, это несправедливо; если какое-то количество людей ограничивает определенными нормами собственную свободу, чтобы достичь выгод, которые не могут быть достигнуты иначе, те, кто выиграл от этого самоограничения других, приобретают обязанность в свою очередь претерпеть самоограничения¹³.

К третьей категории можно отнести принципы, получившие общее признание и применение, которые имеют методологическое и процедурное значение¹⁴. Именно эти принципы во многом определяют облик и наиболее характерные сущностные черты системы общего права; в основе их исторически находится принцип equity, с формулировки и последовательного применения которого и началось строительство современной англосаксонской правовой модели: закон не подвержен контролю королевской власти; только судьи наделены правом толковать закон; ни король, ни судьи не вправе только по своему усмотрению решать, что является справедливым, они должны при-

⁹ Hart H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, 1997. P. 182.

¹⁰ В частности, сформулированные Д. Финнисом «главный принцип морали», производные от него принципы, а также принципы «практической разумности». Сюда же может быть отнесен по-прежнему востребованный относительно немногочисленными представителями ортодоксальной ветви естественно-правовых теорий известный с античных времен принцип *lex injusta non est lex* — «несправедливый закон законом не является».

¹¹ Waldron J. *Property Law. A Companion to Philosophy of Law and the Legal Theory* / Ed. by D. Patterson. Blackwell, 2008. P. 18.

¹² Hart H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, 1983. P. 117 ; Dworkin R. *A Matter of Principle*. Oxford, 2001. P. 84—85 ; Perry S. R. *Tort Law // A Companion to Philosophy of Law and the Legal Theory*. Oxford : Wiley-Blackwell, 2010. P. 75, 165 ; Fried C. *Contract as Promise // Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings* / Ed. by L. May, J. Brown. Blackwell, 2010. P. 465 ; Hart H. L. A. *The Concept of Law*. P. 159, 162.

¹³ Hart H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. P. 119.

¹⁴ К этой категории, по сути, должны относиться восемь принципов легальности законодательства, сформулированные Д. Фуллером.

менять существующий закон; в основе принципа независимого правосудия лежит идея об управлении общества законом и надлежащей процедурой, а не политической прихотью или произволом. Логическим продолжением этого правила стал принцип равенства всех перед судом¹⁵. К принципам этой категории можно отнести признаваемое английскими судами в качестве общего постулата толкования законодательства «золотое правило»: закон не может быть бессмысленным; одно из наиболее старых и при этом системно важных правил, закрепленное в *Heydon's Case* 1584 г., — «суду позволено расширительно толковать текст закона, чтобы принять во внимание те проблемы, на разрешение которых закон направлен; общая презумпция против ретроспективного применения закона»¹⁶; принцип «незнание закона не позволяет его нарушать»¹⁷. Широкую известность и бесспорное признание получил ключевой методологический принцип, имеющий значение как для процессуального, так и для материального права (в терминах континентальной школы) — «относиться к одинаковым случаям одинаково и к различным по-разному»¹⁸. В решении по делу *Cattanach v. Melchior* 2003 г. отмечено, что судьи обязаны совершенствовать закон и применять его к новым обстоятельствам так, чтобы их решения были следствием

логического рассуждения и последовательным развитием прошлой прецедентной практики¹⁹. Общее применение имеют также принципы «естественной справедливости»: «правило против отклонений» от выработанного общепризнанного стандарта правосудия, в частности правило о том, что никто не может быть судьей в собственном деле; любое решение, даже законное и справедливое, недействительно, если оно вынесено лицом, так или иначе заинтересованным в исходе спора (*Porter v. Magill*, 2001; *Davidson v. Scottish Ministers*, 2004), — и правило «выслушай другую сторону»: никакое решение не может быть вынесено, пока лицу, чьи интересы им затрагиваются, не будет предоставлена справедливая возможность представить свой взгляд на дело и выслушать аргументы оппонента; а также принципы толкования законов²⁰.

Четвертая категория — положения, обладающие существенно большей степенью конкретности, способные служить основой для целых групп принципиальных подходов к пониманию важнейших гражданско-правовых категорий и институтов и даже действовать в качестве норм прямого регулирования гражданско-правовых отношений соответствующих категорий. К таковым, в частности, можно отнести знаменитый принцип «обещания должны исполняться»²¹; принцип присвоения собственности

¹⁵ *Slapper G. Op. cit.* P. 7—8, 12—13, 34

¹⁶ *Slapper G. Op. cit.* P. 107—108, 110, 140—141.

Для системы общего права характерно, что принципы, согласно которым судьи толкуют законы, — «правила законодательного толкования», — в большей степени представляют собой рекомендации, чем строгие правила для неукоснительного соблюдения.

¹⁷ *Holmes O. W. The Common Law.* NY, 2004. P. 28.

¹⁸ *Hart H. L. A. The Concept of Law.* P. 262; *Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy.* P. 81.

В доктрине общего права отмечается, что принцип «одинаковое отношение к одинаковым делам» должен пониматься не только в контексте администрирования применения закона. Здесь также востребовано понимание принципов права: случаи должны считаться одинаковыми, если к ним в равной степени относятся правовые принципы, воплощенные или подлежащие воплощению в применяемом праве. Таким образом, вопрос о сходстве случаев — это вопрос о том, каковы разумные основания правовых решений, или о том, как и какие правовые принципы должны быть применены в данном случае (см.: *Webb C. Treating Like Cases Alike: Principle and Classification in Private Law // The Goals of Private Law.* P. 232, 234).

¹⁹ *Robertson A. Constraints on Policy-Based Reasoning in Private Law // The Goals of Private Law.* P. 271.

²⁰ См.: *Oxford Dictionary of Law / Ed. by J. Law, E. Martin.* Oxford, 2009. P. 295, 363.

²¹ Этот принцип считается классическим достоянием римского права, хотя в иностранной литературе можно встретить мнение о том, что наибольшее развитие он получил в теории естественного права.

и правило ее первой оккупации; принцип паритетизма (справедливого распределения) — «лишение кого-либо выгод в сделке возможно тогда и только тогда, когда сторона, лишенная преимуществ, в дальнейшем получит улучшение положения»; принцип эстоппеля — «запрет отказа от надлежащим образом сделанных обещаний, устанавливаемый во избежание причинения вреда в связи с не исполненными надеждами контрагента и общей эрозии практики контрактных обещаний»²²; «лицо, воспользовавшееся определенными выгодами в рамках обязательства, не вправе уклоняться от честного поведения, выполняя свою часть обязательств, и не вправе получать преимущество безвозмездных выгод, уклоняясь от сотрудничества»²³; принцип свободы — «государство не может поощрять к позитивным действиям, предотвращающим зло, хотя может заставлять воздерживаться от действий, способных его повлечь»²⁴; принцип свободы передачи — «собственность и услуги должны быть свободно передаваемы от одного лица к другому; недобровольная передача не должна допускаться»²⁵; принципы свободы договора (*Adkins v. Children's Hospital*, 1922), отзывности оферты, обязательности

встречного удовлетворения в договоре, исполнения договора в соответствии с его условиями, недопустимости взыскания возмещения, превышающего действительный ущерб при исполнении договорного обязательства²⁶. Важнейшее значение для практики судов получил принцип, сформулированный в решении по делу *Riggs v. Palmer* (1889), — «никто не может быть управомочен получать выгоды от собственного противозаконного поведения».

К этой же категории положений общего характера, получивших в общем праве единое признание и широкое практическое применение, нужно отнести знаменитую концепцию *reasonable man* — «разумного человека», в значительной степени схожую с континентальным аналогом *bonus pater familias*²⁷.

Наконец, наибольшее количество положений общего характера, получивших значение общеприменимых прецедентов и именуемых в англоязычной юридической литературе правовыми принципами, имеют характер вполне конкретных обобщений подходов к правовому регулированию отдельных категорий гражданских, торговых, семейных и иных правоотношений. Таких «правовых принципов» прецедент-

О современном прочтении принципа см.: *Atiyah P. S. The Practice of Promising // Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings*. 2009. P. 455.

²² *Benson P. Contract // A Companion to Philosophy of Law and the Legal Theory*. 2010. P. 27, 35, 46 ; *Honore A. M. Property, Title and Redistribution // Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings*, 2009. P. 264.

²³ *Green L. Law and Obligations // A Companion to Philosophy of Law and the Legal Theory*. 1999. P. 530.

²⁴ *Moore M. S. Law and Justice // Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings*. 1995. P. 121.

²⁵ *Bayles M. D. Legally Enforceable Commitments // Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings*. 2009. P. 485.

²⁶ См.: *Белых В. С. Договорное право Англии*. М., 2017. С. 41—46, 81, 86, 184, 192.

²⁷ Понятие обычного здравого смысла (*common sense*) и концепция «среднего человека», обычного ума и разумной предусмотрительности — идеальной персоны, поведение которой является для жюри внешним объективным стандартом, с которым сравнивается поведение конкретного индивида, — проработаны в учении О. Холмса. В его понимании идеальный средний разумный человек, эквивалент которого апробирован при рассмотрении многих споров и имеет обычную деликтоспособность, постоянен, а его поведение в определенных обстоятельствах теоретически всегда одинаково. В контексте проблематики юридической ответственности угроза наступления имеющих юридическое значение последствий, существующая при определенных известных обстоятельствах, должна относиться к категории тех угроз, которые мог предвидеть человек с обычной разумной предусмотрительностью. Смысл этого ограничения — в установлении правила, исполнение которого не было бы слишком затруднительным для большинства членов сообщества. Общим основанием ответственности за неумышленное причинение вреда является поведение, отличное от поведения разумного человека в данных обстоятельствах; субъект на свой риск

ный массив стран общего права насчитывает десятки, если не сотни, и мы приводим здесь только некоторые из них для иллюстрации практикуемого системного подхода²⁸.

Так, в деле *Hyde v. Wrench* (1840) сформулировано «правило зеркального отображения»: акцепт действителен только в случае зеркального отражения оферты. При рассмотрении дела *Carill v. Carbolic Smoke Ball Company* (1893) установлены многие современные принципы англосаксонского контрактного права (в частности, — для того, чтобы суд мог обязать сторону исполнить условия контракта, сделанные при заключении контракта предложения должны быть абсолютны ясными). Общим принципом контрактного права также является то, что для заключения имеющего правовые последствия соглашения оференту должно быть коммуни-

цировано акцептование оферты. Прецедентом *Bradford Corporation v. Pickles* (1895) установлен запрет злоупотребления правом. Прецедентом *Donoghue v. Stevenson* (1932) отмечено, что следует принимать меры разумной предосторожности, чтобы не допускать действий или бездействия, которые, как можно разумно предвидеть, способны причинить вред соседу. В деле *Weaver v. Ward* судом определено, что никто не может быть освобожден от ответственности за причинение вреда, если только не установлено полное отсутствие какой-либо его вины; в деле *Morris v. Platt* — что неосторожность по общему правилу является основанием ответственности за причинение случайного вреда²⁹. В сфере права собственности и трастового права известны принципы «траст обязывает безвозмездного приобретателя» (лицо, которое приобрело иму-

должен отыскать вариант поведения, который разумный и предусмотрительный человек способен вывести из своего опыта. Если человек предвидит, какой вред наступит от его действий, прекращает свое действие принцип освобождения от ответственности за случайное причинение вреда и он подлежит ответственности за поведение, способное, как это должно быть ясно обычному разумному человеку, повлечь причинение вреда. Предполагается, что каждый человек обладает обычной способностью предотвращать причинение вреда окружающим, до тех пор пока отсутствие такой способности не очевидно; однако при неосторожном причинении вреда для наступления ответственности необходимо, чтобы причинитель вреда имел возможность и обязан был предвидеть опасность наступления вредоносных последствий. При оценке степени опасности конкретного варианта поведения с точки зрения наступления вредоносных последствий ключевым моментом должен считаться жизненный опыт причинителя вреда (*Holmes O. W. Op. cit.* P. 35, 46, 67—68, 78, 92—93). О понятии *good reason* — разумной предосторожности, о стандартах разумной заботы в теории и практике общего права см.: *Hart H. L. A. The Concept of Law.* P. 56 ; *Weinrib E. J. The Idea of Private Law.* Oxford, 2012. P. 147.

Концепция «разумного человека» в сфере договорного права основана на следующем принципе: субъект обязан возместить вред, потому что должен был предвидеть, что контрагент будет рассчитывать на его обещание и претерпит вред, если он его нарушит (*Fried C. Op. cit.* P. 466). С точки зрения современной социологии права, концепции «разумного человека» могут существенно меняться в различных группах; «разумная личность» оказывается разной в разных социальных локациях. С учетом этого любые правовые выводы, основанные на презумпции существования общего стандарта разумного поведения, должны быть переосмыслены (см.: *Baumgartner M. P. The Sociology of Law // A Companion to Philosophy of Law and the Legal Theory.* 1999. P. 414). О концепции «разумного человека» см. также: *Perry S. R. Op. cit.* P. 58.

²⁸ Характерен пример формулирования, относящегося к данной категории принципа неосновательного обогащения при рассмотрении дела *Banque Financiere de la Cite v. Parc (Battersea) Ltd* (1999). Принцип здесь выражен в виде почти математической формулы: обогащение + доказательства, что обогащение имело место за счет истца + наличие оснований для реституции + отсутствие адекватной защиты = присуждение реституционной защиты нарушенного права (см.: *Virgo G. Demolishing the Pyramid — the Presense of Basis and Risk-Taking in the Law of Unjust Enrichment // The Goals of Private Law / Ed. by A. Robertson, T. Wu.* Oxford, 2009. P. 477).

²⁹ *Holmes O. W. Op. cit.* P. 64, 72.

щество без встречного предоставления, должно принять все связанные с имуществом обременения) и «траст обязывает всякого, кто приобретает имущество осведомленно» (возмездный приобретатель должен принять обременения земли, о которых ему стало известно до ее приобретения)³⁰.

В деле *Central London Property Trust v. High Trees Ltd* (1947) нашла свою реализацию широко известная и применяемая ныне в системе общего права доктрина «эстоппеля об обещании»: стороне в договоре, давшей обещание, благодаря которому она намеренно изменила свои права по контракту, не может быть позволено отказаться от исполнения такого обещания. Решением по делу *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* (1948) установлено, что для квалификации решения властей в качестве неразумного суду следует учитывать, были ли властями приняты во внимание те обстоятельства, которые в данном случае следовало принять во внимание³¹. В решении по делу *Berkeley Community Villages Ltd v. Pullen* (2007) указано на необходимость соблюдения при исполнении контракта разумных стандартов добросовестности, принятых в коммерческой среде, согласующихся с оправданными ожиданиями другой стороны. При этом следует отметить, что общего требования добросовестности участников гражданских правоотношений английское право не содержит и суды применяют этот принцип только в случаях, когда контракты содержат ясно сформулированные требования к сторонам действовать добросовестно.

Ряд подобных принципов формулируется в научной доктрине общего права: например,

принцип эквивалентности (при двустороннем контракте каждая из сторон рассчитывает на предоставление другой стороны); если что-то обещано, это должно быть исполнено; несоблюдение малозначительных деталей при совершении контракта не дает полномочий аннулировать контракт; при совершении контракта важно не то, что думают стороны, а то, что они делают³²; принцип осуществимости обязательств — «обязательства о передаче имущества и услуг должны признаваться и принудительно исполняться в пределах обоюдной выгоды и сумм издержек»³³.

Как нам представляется, правовые принципы этого уровня, используемые в правовом регулировании в системе общего права, очень схожи по своим параметрам с хорошо знакомым российским юристам правовым явлением — а именно с широко и издавна практикуемыми руководящими обобщениями и разъяснениями высших судов. Полагаем, что дальнейшее использование принципов права в российской судебной системе должно идти по двум направлениям:

- 1) взвешенной и рассудительной выработки судами новых алгоритмов применения важнейших общих начал гражданского законодательства к конкретным гражданско-правовым спорам и
- 2) обобщение наиболее успешных практик поиска этих алгоритмов в виде руководящих разъяснений Верховного Суда с приданием этим документам подлинно значимого веса, определяющего их универсальное и повсеместное применение в практике нижестоящих судов³⁴.

³⁰ Megarry R., Wade W. *The Law of Real Property*. 7th ed. London, 2008. P. 106.

³¹ Slapper G. *Op. cit.* P. 67—68.

³² Holmes O. W. *Op. cit.* P. 188, 191, 206.

³³ Bayles M. D. *Op. cit.* P. 485.

³⁴ К сожалению, такое же сходство этих аналогов нельзя констатировать и в части значения этих обобщений для последующей судебной практики. Если в странах общего права признанный прецедент обязателен для применения судами в дальнейшем, то руководящие разъяснения и рекомендации Верховного Суда РФ по-прежнему часто элементарно игнорируются нижестоящими судами.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С. С. Восхождение к праву. — М. : Норма, 2001.
2. Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). — СПб., 2002.
3. Белых В. С. Договорное право Англии. — М., 2017.
4. Atiyah P. S. The Practice of Promising // Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings. — Wiley-Blackwell. 2009.
5. Baumgartner M. P. The Sociology of Law // A Companion to Philosophy of Law and the Legal Theory. — Wiley-Blackwell. 1999.
6. Bayles M. D. Legally Enforceable Commitments // Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings. — Wiley-Blackwell. 2009.
7. Benson P. Contract // A Companion to Philosophy of Law and the Legal Theory. — 2010.
8. Dworkin R. A Matter of Principle. — Oxford, 2001.
9. Fried C. Contract as Promise // Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings / Ed. by L. May, J. Brown. — Blackwell, 2010.
10. Green L. Law and Obligations // A Companion to Philosophy of Law and the Legal Theory. — Wiley-Blackwell. 1999.
11. Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. — Oxford, 1983.
12. Hart H. L. A. The Concept of Law. — Oxford, 1997.
13. Holmes O. W. The Common Law. — NY, 2004.
14. Honore A. M. Property, Title and Redistribution // Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings. — Wiley-Blackwell. 2009.
15. Megarry R., Wade W. The Law of Real Property. — 7th ed. — London, 2008.
16. Moore M. S. Law and Justice // Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings. — Oxford University Press, 1995.
17. Moran M. The Mutually Constitutive Nature of Public and Private Law // The Goals of Private Law / Ed. by A. Robertson, T. Wu. — Oxford, 2009.
18. Oxford Dictionary of Law / Ed. by J. Law, E. Martin. — Oxford, 2009.
19. Perry S. R. Tort Law // A Companion to Philosophy of Law and the Legal Theory. — Oxford : Wiley-Blackwell, 2010.
20. Robertson A. Constraints on Policy-Based Reasoning in Private Law // The Goals of Private Law / Ed. by A. Robertson, T. Wu. — Oxford, 2009.
21. Slapper G. How the Law Works. — 2nd ed. — NY, 2011.
22. Virgo G. Demolishing the Pyramid — the Presense of Basis and Risk-Taking in the Law of Unjust Enrichment // The Goals of Private Law / Ed. by A. Robertson, T. Wu. — Oxford, 2009.
23. Waldron J. Property Law. A Companion to Philosophy of Law and the Legal Theory / Ed. by D. Patterson. — Blackwell, 2008.
24. Webb C. Treating Like Cases Alike: Principle and Classification in Private Law // The Goals of Private Law / Ed. by A. Robertson, T. Wu. — Oxford, 2009.
25. Weinrib E. J. The Idea of Private Law. — Oxford, 2012.

Материал поступил в редакцию 5 июня 2018 г.

LEGAL PRINCIPLES IN CASE LAW OF THE COMMON LAW SYSTEM

KONOVALOV Aleksandr Vladimirovich, PhD in Law

konovalov@minjust.ru

119991, Russia, GSP-1, Moscow, ul. Zhitnaya, 14

Abstract. *The article provides for a general understanding of approaches applied in the common law system regarding legal principles aimed at ensuring stability and uniformity of the legal regulation. The paper consistently considers consolidation of principles of law in the case-law system of common law countries. According to the results of the study, the author comes to the conclusion that the further use of principles of law in the Russian judicial system should follow two directions: (1) balanced and judicious development by courts of new algorithms of application of the most important general principles of civil legislation to specific civil disputes; and (2) generalization of the best practices of search for such algorithms in the form of directives of the Supreme Court giving such directives significant weight and prescribing their universal application for lower courts.*

Keywords: *principles of law, jurisprudence, common law system, case law system, Great Britain, USA.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Alekseev S. S. Voskhozhdenie k pravu. — M. : Norma, 2001.
2. Bakhin S. V. Subpravo (mezhdunarodnye svody unifitsirovannogo kontraktного prava). — SPb., 2002.
3. Belykh V. S. Dogovornoe pravo Anglii. — M., 2017.

Б. А. Ляпунов*

Приватность личности: понятие, сущность и правовая природа

Аннотация. Статья посвящена вопросам сравнительно-правового анализа и соотношения теоретико-правовых концепций приватности личности, преобладающих в зарубежной правовой литературе, с целью определения правовой природы, сущности и социальной ценности приватности для личности, общества и государства в условиях формирования и развития общественных отношений в век информационных технологий.

В статье впервые в отечественной правовой литературе предпринимается попытка сформулировать авторскую теоретико-правовую модель (концепцию) понимания приватности личности как сложной системы взаимосвязанных элементов — прав и свобод личности, раскрывается сущность и правовая природа соответствующих элементов, даются их авторские определения, а также делается вывод о важности такого подхода как для отечественной юридической науки, так и для юридической практики.

Ключевые слова: личность, индивидуальный правовой статус, приватность, концептуализация приватности, монистическая концепция приватности, плюралистическая концепция приватности, персонификация, свобода персонификации, право на уединение, парадокс уединения, одиночество, право на ограничение доступа к себе, свобода сокрытия информации о себе, анонимность, парадокс анонимности, секретность, конфиденциальность.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.033-042

Концепция приватности личности как одного из важнейших условий благополучной жизни и духовного становления человека как самого себя начала зарождаться в сознании людей еще в эпоху Возрождения в государствах Западной Европы, затронув сначала социокультурную, а впоследствии уже главным образом и политико-правовую сферу общества.

В качестве подтверждения можно привести положения Закона Англии от 1361 г. «О мировых судьях», предусматривавшие арест соглядатаев

и перехватчиков информации. Другими словами, данный закон, регламентируя соответствующее правовое предписание, закреплял за личностью право на приватность (включая и право личности на информационную приватность)¹.

Сам же термин «приватность» как политико-правовая категория впервые вошел в западноевропейскую юридическую науку (и впоследствии в судебную практику) благодаря опубликованной в 1890 г. американскими юристами Сэмьюэлем Уорреном и Луи Брандайсом статье

¹ См.: Сербин Д. С. Конституционно гарантированное право на приватность // Нравственные императивы в праве. 2014. № 4. С. 79.

«Право на приватность», в которой приватность понималась и определялась ими как «право быть оставленным в уединении»².

Бурное развитие общества и информационно-телекоммуникационных технологий привели не только к новым социальным вызовам, связанным с вопросами приватности, которые стали требовать своевременного ответа на них через установление адекватного правового регулирования, но и к необходимости придания большего значения концепции приватности в ее политико-правовом аспекте, а также к необходимости полного переосмысления взглядов на концептуализацию приватности.

На сегодняшний день ни в зарубежной, ни в отечественной юридической литературе нет единства мнений по вопросам, связанным с определением, правовой природой, сущностью и социальной ценностью приватности в контексте прав, свобод и законных интересов личности.

Тем не менее анализ зарубежной юридической литературы показывает, что можно выделить две основополагающие и диаметрально противоположные точки зрения на концептуализацию приватности, на установление ее правовой природы, сущности и социальной значимости для личности, общества и государства.

В качестве первой такой точки зрения на понятие приватности, ее правовую природу, сущность и социальную ценность в контексте прав и свобод личности можно назвать позицию американского судьи Ричарда Познера, который, рассуждая о приватности с позиции экономического поведения личности и определяя ее через призму понятия секретности как право личности на сокрытие ею дискредитирующей ее информации, полагает, что социальная ценность приватности и потребность личности в ней и в ее защите полностью отсутствуют, так как право

и закон не должны защищать личность, желающую скрыть какие-либо дискредитирующие ее факты³.

Вторая, диаметрально противоположная точка зрения заключается в том, что приватность рассматривается как неотъемлемый элемент правового статуса личности, который также должен пользоваться правовой защитой.

Однако если сторонники данной точки зрения имеют единство мнений относительно приватности как неотъемлемого элемента правового статуса личности, то относительно определения понятия приватности, ее правовой природы, сущности и социальной ценности единства мнений нет.

Так, одни теоретики предлагают рассматривать приватность через призму права личности на приватность, вернее — права личности на один из составляющих приватность (как политико-правовую категорию) элементов, выделяя и рассматривая его в качестве общего существенного признака, через который данные теоретики и предпринимают попытки дать единое определение приватности, которое бы одновременно раскрывало его правовую природу, сущность и социальную ценность (*монистическая концепция приватности*)⁴. Другие же считают необходимым рассматривать приватность через призму свободы личности как более широкой категории в отличие от категории права, тем самым определяя приватность в качестве одной из свобод личности (*плюралистическая, комплексная концепция приватности*)⁵.

В основе монистической концепции приватности лежит так называемый традиционный метод концептуализации, заключающийся в определении понятия, природы, сущности и социальной ценности исследуемого концепта через выявление в нем такого существенного признака, который бы объединял все остальные признаки

² Warren S., Brandeis L. The Right to Privacy // Harvard Law Review. December 15, 1890. Vol. IV. № 5.

³ Posner R. A. The Economics of Justice. 1981. Pp. 272—273.

⁴ См., например: Warren S., Brandeis L. The Right To Privacy // Harvard Law Review. December 15, 1890. Vol. IV. № 5 ; Gavison R. Privacy and the Limits of Law // The Yale Law Journal. 1980. Vol. 89. No. 3. P. 438 ; Jourard S. M. Some Psychological Aspects of Privacy // Law & Contemp. Probs. 1966. 31. P. 307—318.

⁵ См., например: Solove D. J. Conceptualizing Privacy // Cal. L. Rev. 2002. 90. P. 1102 ; Thomson J. J. The Right to Privacy // Philosophical Dimensions of Privacy. 1984.

данного понятия между собой, тем самым давая возможность сформулировать универсальное определение исследуемого понятия.

В настоящее время в зарубежной юридической науке в рамках монистической концепции приватности можно выделить несколько связанных между собой, но имеющих некоторые внутренние различия точек зрения на понятие приватности, ее правовую природу, сущность и социальную ценность в контексте прав и свобод личности, которые, по нашему мнению, могут быть классифицированы в зависимости от выбранного конкретным исследователем существенного признака приватности как политико-правовой категории — конкретного права личности, через который тем или иным исследователем предпринимается попытка дать единое определение понятию приватности, раскрывающее его правовую природу, сущность и социальную ценность.

Анализ зарубежной научной юридической литературы позволяет выделить два таких права личности, которые берутся разными исследователями вопросов приватности за основу: право личности на уединение и право личности на ограничение доступа к себе.

Как отмечалось в начале настоящей статьи, основоположники концепции приватности в американской юридической науке и практике Сэмьюэль Уоррен и Луи Брандайс рассматривали понятие приватности через призму потребности личности в уединении, в связи с чем само понятие приватности они раскрывали как право быть оставленным в уединении как в физическом, так и в психологическом смысле, объясняя это тем, что приватность в контексте прав, свобод и законных интересов личности главным образом связана не только с «территориальным уединением личности, которое защищено от вторжения нежелательных объектов или сигналов»⁶, но и с психологическим уединением, которое равным образом должно защищаться правом от нежелательного психологического воздействия на психику личности извне.

Однако такое понимание приватности нередко критикуется в зарубежной научной литературе за то, что оно не дает полноценного представления о том, как должны определяться границы такого уединения, а также условия и временные рамки потребности личности в уединении, что приводит к тому, что границы реализации личностью своего права на приватность могут быть неоправданно расширены, что, в свою очередь, может привести к попиранию прав, свобод и законных интересов других лиц.

Так, Даниэль Солове отмечает: «...Существует слишком много способов, когда люди могут осуществлять (психологическое) вмешательство, не нарушая при этом приватности. Например, если мы смотрим на человека, то мы уже не оставляем его одного, тем самым нанося ему, возможно, какой-то ущерб, но это не будет проблемой приватности»⁷. Безусловно, указанное в данном примере вмешательство не будет нарушать приватность. Однако, на наш взгляд, в этом нет ничего удивительного, так как вполне очевидно, что подобное вмешательство никак не связано с правом на уединение, являющимся элементом приватности личности, и, следовательно, никто не станет разумно ожидать и требовать от кого-либо компенсации морального вреда, причиненного чьим-то брошенным невзначай взглядом.

Другими словами, Даниэль Солове в попытке доказать возможность слишком сильного расширения в рамках общественных отношений и взаимодействий людей границ права на уединение (или права быть оставленным в уединении) фактически подменяет понятие «уединение» на понятие «одиночество». Несмотря на сходство данных понятий, в связи с чем их нередко указывают в качестве синонимичных, тождественных и взаимозаменяемых, с точки зрения психологии они имеют существенные различия.

Например, как справедливо указывает Д. В. Винникотт, одиночество представляет собой нежелание личности находиться в чьем-либо об-

⁶ См.: *Kang J. Information Privacy in Cyberspace Transactions // Stanford Law Review. 1998. № 5. Pp. 1202—1203.*

⁷ *Solove D. J. 'I've Got Nothing to Hide' and Other Misunderstandings of Privacy // San Diego Law Review. 2007. Vol. 44. Pp. 745—772.*

ществе и нежелание контактировать (в том числе и визуально) с кем бы то ни было; в то время как парадокс уединения состоит в способности личности быть наедине с собой (с целью поиска личностью подлинного себя) в присутствии кого-то⁸.

Таким образом, по нашему мнению, основной аргумент, направленный на критику понятия приватности как права личности быть оставленным в уединении, состоящий в возможности слишком сильного расширения этого права, представляется чрезмерно надуманным, что, полагаем, связано либо с отсутствием понимания (либо с пренебрежением) психологических аспектов категории уединения и одиночества, приводящим к их отождествлению, вопреки даже тому, что сами Сэмьюэл Уоррен и Луи Брандайс, раскрывая понятие приватности как «the right to be let alone», использовали английское слово *alone*, означающее «быть наедине с собой», а не слово *loneliness*, например имеющее значение «одиночество».

Другой наиболее распространенной точкой зрения на понятие приватности, ее правовую природу, сущность и социальную ценность в рамках монистической концепции приватности является рассмотрение и понимание приватности как права личности на ограничение доступа к себе.

В наиболее общем своем виде данный подход признает право личности, будучи частью общества, на отстранение от общества и на сокрытие какой бы то ни было информации или части информации о самой себе, тем самым и на ограничение доступа окружающих к себе.

Исходя из этого, как справедливо отмечает Даниэль Солове, такое понимание приватности сторонниками данного теоретического подхода достаточно близко к пониманию приватности как права на уединение, в связи с чем данный подход, возможно, является более философской формулировкой данного права⁹.

Следовательно, данный теоретический подход имеет и более глубокие проблемы, в отли-

чие от похода, согласно которому приватность понимается в качестве права на уединение. Так, например, он не называет основных условий, при которых доступ к личности будет нарушать приватность, так как ущемление приватности личности влечет не всякий доступ, а только доступ к конкретным аспектам жизни личности или к конкретной информации об этой личности и (или) о ее жизни. Другими словами, данный подход не дает понимания того, какая степень доступа к личности необходима, чтобы признать ее нарушающей приватность личности, а также не дает ответа на вопрос о том, какова должна быть степень контроля личности над доступом к себе, чтобы ее можно было считать разумной и не нарушающей прав, свобод и законных интересов иных лиц.

В основу же плюралистической концепции приватности положена философская идея Людвига Витгенштейна, заключающаяся в том, что существуют такие понятия, природа которых не сводится к единой сущности, к единому «общему знаменателю», а имеют «общую сложную сеть сходных свойств», которые могут как полностью «перекрывать» друг другом, так и перекрещиваться, пересекаясь между собой и взаимно дополняя друг друга¹⁰.

Сторонники плюралистической концепции приватности не просто предпринимают попытку уйти от традиционных методов исследования и описания сущности и природы данной политико-правовой категории, но пытаются показать, что правовая природа, сущность и социальная ценность приватности выходят за рамки права на нее, а именно: приватность представляет собой не право личности, не некую оформленную (зачастую даже исчерпывающим образом) в нормативных правовых актах модель поведения личности, модель реализации личностью этого права, а одну из свобод личности, которая, как справедливо отмечает С. А. Авакьян, в отличие от права, может иметь множество вариантов существования, один из которых можно

⁸ См.: The capacity to be alone // Winnicott D. W. The Natural Process and the Facilitating Environment. London : Hogarth Press, 1960. Pp. 26—36.

⁹ См.: Solove D. J. Conceptualizing Privacy. P. 1102.

¹⁰ См.: Wittgenstein L. Philosophical Investigations § 65 (G.E. M. Anscombe, trans. 1958).

отразить в нормах права, в то время как в отношении других зачастую это сделать просто немыслимо¹¹.

Таким образом, плюралистический подход к концепции приватности личности представляется наиболее перспективным в реалиях современного мира, так как он исходит из здравого понимания того, что и непосредственно возникшие и потенциальные проблемы, связанные с приватностью личности, совершенно не зависят от того, каким будет наше отношение к самой категории приватности: будем ли мы отрицать приватность личности и всё, что с ней непосредственным образом связано, или, наоборот, соглашаясь с важностью данной политико-правовой категории в рамках системы прав и свобод, будем спорить о том, является ли она правом на уединение или правом на ограничение доступа к себе; будем ли мы говорить о тех или иных общественных отношениях, существующих в социуме, как об элементах приватности, классифицируя их на соответствующие права, составляющие категорию приватности и порождающие социально-правовые проблемы, или нет. Такой подход к концептуализации приватности представляется наиболее верным и обоснованным, поскольку понимание приватности как свободы личности, сочетающей в себе не только фиксируемые варианты поведения личности, но и духовный мир личности, социальные ценности, помогает более комплексному раскрытию и уяснению сущности, правовой природы приватности, раскрывая ее через баланс правовых предписаний и ее социальной ценности для личности, общества и государства, что, в свою очередь, предоставляет личности, обществу и государству в лице его государственных органов и их должностных лиц гораздо больше возможностей для своевременного распознавания, комплексного исследования и выявления тенденций появления новых проблем приватности, необходимых и достаточных для своевременного принятия адекватных мер по их минимизации, предотвращению и защите

от них путем формирования адекватного законодательного регулирования.

Кроме того, необходимо также отметить, что в зарубежной юридической науке существуют и такие концепции приватности, которые «выпадают» из рассмотренной выше классификации концептуализации, так как, в сущности, они представляют собой определенного рода дополнения одновременно ко всем (или как минимум к большинству) уже имеющихся концепций и точек зрения в рамках соответствующих концепций.

Наиболее ярким примером такой концепции, на наш взгляд, является концепция понимания приватности личности как формы защиты целостности личности, главным образом трех непосредственно составляющих эту самую целостность личности атрибутов: индивидуальности, достоинства и автономии личности.

Так, например, философ Стэнли Бенн, развивая данную концепцию на основе философского труда Жан-Поля Сартра «Бытие и ничто», отмечает, что приватность следует понимать как уважение в первую очередь к выбору человека, в связи с чем приватность каждого может быть нарушена даже, казалось бы, таким ограниченным вмешательством, как наблюдение, ведь человек, становясь объектом чужого внимания, начинает совершенно иначе себя осознавать, а именно не как активный субъект данного процесса с бесконечными возможностями, а как объект данного процесса, обладающий ограниченными вероятностями своего поведения. Следовательно, Стэнли Бенн утверждает, что даже такое вмешательство в жизнь человека, как упомянутое наблюдение, ограничивает диапазон выбора человека и, как следствие, его свободу¹².

Таким образом, данная точка зрения непосредственно связана с такими воззрениями общей и социальной психологии на становление индивида как личности, как персонификация личности, представляющая собой, с одной стороны, условие формирования индивида как личности путем освоения и присвоения им социального опыта, а также его самостоятельного

¹¹ См.: Авакьян С. А. Конституционное право России : учебный курс : учеб. пособие : в 2 т. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Норма: Инфра-М, 2011. Т. 1. С. 666.

¹² Benn S. I. Theory of Freedom. Cambridge University Press, 1988. P. 26.

и независимого олицетворения в своей жизнедеятельности, а с другой — как форма защиты личности от посягательств государства и иных лиц на ее самоопределение, самовыражение и самоутверждение. Такой подход к концептуализации приватности можно определить как концепцию персонификации, рассматривающую приватность личности через призму свободы персонификации личности, выраженную в самоопределении, самовыражении, самоутверждении личности посредством самостоятельного освоения, присвоения и олицетворения ею социального опыта в своей жизнедеятельности.

Несмотря на активную критику данной концепции, основанную в большей степени либо на том, что она касается свободы и автономии воли, но никак не связана с приватностью¹³, либо на том, что данная концепция является слишком широкой, поэтому не привносит никакой ясности в понимание приватности, ее понятия, правовой природы, сущности и социальной ценности¹⁴, считаем, что рассматриваемая концепция имеет существенное значение для концептуализации приватности, особенно на современном этапе, так как она, признавая свободу персонификации личности в качестве неотъемлемого элемента приватности, раскрывает ее социальную ценность, объясняя, насколько это важно для личности — иметь возможность удовлетворить свою потребность в уединении и в ограничении доступа к себе, — тем самым становясь логическим звеном, связывающим правовые составляющие теорий, рассматривающих приватность как право быть оставленным в уединении и как право на ограничение доступа к себе, с социальной составляющей самой категории приватности.

На основе проведенного выше анализа существующих в настоящее время в зарубежной юридической науке концепций понимания приватности, ее понятия, правовой природы, сущности и социальной ценности, опираясь в большей степени на плюралистическую концепцию

понимания приватности личности, автор настоящей статьи предлагает следующую модель представления приватности как политико-правовой категории, а именно предлагает определять приватность как индивидуальный правовой статус личности, представляющий собой совокупность индивидуально-персонифицированных прав, свобод и обязанностей личности, составляющих основу правового положения личности в обществе и в государстве, социальная ценность которого выражена в обеспечении социально-правовых возможностей, вариантов и гарантий личности в удовлетворении ею своих потребностей в персонификации и в сокрытии информации о себе, о своей личной жизни и о своей жизнедеятельности.

В качестве основных прав и свобод, составляющих приватность как индивидуальный правовой статус личности, предлагается выделять и рассматривать:

1. *Свободу персонификации личности*, представляющую собой, как уже было отмечено, социально-правовые возможности, варианты и гарантии самоопределения, самовыражения, самоутверждения личности посредством самостоятельного освоения и присвоения ею социального опыта в своей жизнедеятельности, реализуемую посредством:

- а) *права личности на уединение*, под которым предлагается понимать право личности на защиту своей духовно-внутренней составляющей от вмешательства извне, выраженного главным образом в оказании такого влияния на личность, которое не позволяло бы или ограничивало бы диапазон ее выбора в плане возможностей для самоопределения, самовыражения и самоутверждения;
- б) *права личности на ограничение доступа к себе*, под которым предлагается понимать право личности на защиту своей физической составляющей от физического вмешательства¹⁵ в нее, которое в опре-

¹³ См.: Sandel M. Democracy's Discontent. 1996.

¹⁴ См.: Gavison R. Op. cit. P. 438.

¹⁵ При этом под *физическим вмешательством* в рамках настоящей статьи автором понимается не только (и не столько) физическое воздействие на личность посредством силы и (или) органов чувств, но и (сколь-

деленной мере можно назвать и своего рода гарантом, обеспечивающим свободную и беспрепятственную реализацию права личности на уединение.

2. *Свободу сокрытия информации о себе*, представляющую собой социально-правовые возможности, варианты и гарантии самостоятельного определения личностью качества (дискредитирующая и (или) недискредитирующая информация) и объема информации о себе, подлежащей и не подлежащей раскрытию, а также определение условий и круга лиц, при которых и которым может быть раскрыта такая информация, реализуемую посредством:

- а) *права на анонимность*, под которым предлагается понимать право личности на совершение действий, в результате которых становится невозможным без использования дополнительной информации установить связь конкретной информации с конкретной личностью.

Такое определение праву на анонимность автором настоящей статьи было дано, исходя из анализа доктринальных взглядов на само понятие анонимности, из социальной сущности анонимности¹⁶, а также из анализа отдельных правовых норм российского законодательства, рассмотренных в системном единстве.

Так, П. А. Кабанов отождествляет понятие анонимности с понятием деперсонифицированности¹⁷. Однако с таким подходом трудно согласиться, так как, в соответствии с рассмотренной

ранее концепцией персонификации личности, персонификация личности — это двойственный процесс, связанный, с одной стороны, с социализацией личности как с процессом самостоятельного освоения и присвоения личностью социального опыта, а с другой — с социализацией личности как со средством самовыражения и самоутверждения.

Иными словами, если понятие анонимности и можно отождествлять с понятием деперсонифицированности, то только в отношении самой же личности: деперсонифицированная личность — личность анонимная для себя, неизученная самой собой, непознанная для себя изнутри, но необязательно для других. Например, лицо, страдающее амнезией, может быть расценено как анонимное лицо для себя (поскольку оно фактически о себе, в том числе о своей духовно-нравственной составляющей, ничего не знает), но другим (например, родственникам, близким друзьям и т.д.) оно может быть известно.

Таким образом, представляется, что понятие анонимности имеет большую связь с понятием обезличенности, чем с понятием деперсонификации, так как первое отражает физическую составляющую информации о личности, а второе — психические процессы становления личности.

В качестве подтверждения необходимости такого понимания анонимности личности можно привести пп. 9 ст. 3 Федерального закона от

ко) получение информации о личности в отсутствие соответствующего ее согласия. Другими словами, по мнению автора настоящей статьи, право личности на ограничение доступа к себе включает в себя аспект осуществления личностью контроля за информацией о себе.

¹⁶ Главным образом под социальной сущностью анонимности автором настоящей статьи понимается *аспект относительности анонимности* в условиях социума, подразумевающий, что конкретное лицо может быть анонимным или идентифицированным не вообще, но всегда в конкретном общественном отношении — всегда для кого-либо (см.: Андрющенко Е. С. Проблема идентификации субъектов интернет-отношений. Виртуальное лицо // Информационное общество: проблемы развития законодательства : сборник научных работ. М. : ИГП РАН, Юркомпани, 2012. С. 79.). Данная оговорка абсолютно справедлива, так как в действительности представить ситуацию, в которой бы лицо в условиях социума и межличностного взаимодействия оставалось одновременно для всех всегда или анонимным, или идентифицированным, практически невозможно.

¹⁷ Кабанов П. А. Криминологическая классификация жертв политических преступлений в современной российской криминальной политической виктимологии // Юридическое образование и наука. 2007. № 4. С. 3.

27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»¹⁸, в котором под обезличиванием понимаются «действия, в результате которых становится невозможным без использования дополнительной информации определить принадлежность персональных данных конкретному субъекту персональных данных». Анализ данной нормы помогает сделать вывод о том, что с точки зрения правоприменения для установления связи конкретной информации с конкретной личностью важны не столько аспекты характера личности, определяемые и воспринимаемые ею самой и для себя с целью собственной персонификации, сколько те внешние, объективные аспекты, составляющие индивидуальные черты личности, отличающие ее от других, при их восприятии другими лицами;

б) *права на секретность*, под которым автором настоящей статьи предлагается понимать право личности на совершение действий по ограничению доступа к информации о себе и о своей жизни, которое может быть представлено, по нашему мнению, главным образом в двух основных формах: в установлении режима тайны информации и в предоставлении вымышленной информации¹⁹ о себе (в частности, указание псевдонима вместо реального имени);

в) *права на конфиденциальность*, под которым автором настоящей статьи предлагается понимать право личности на самостоятельное определение условий и круга лиц, при которых и которым может быть предоставлен доступ к секретной информации о себе и своей жизни.

Указанные два права личности не только являются взаимосвязанными между собой, но и непосредственно связанными с правом личности на анонимность.

Как было отмечено, основной проблемой социальной сущности анонимности является ее относительность в силу невозможности создания такого рода ситуации, когда личность была бы одновременно для всех и всегда абсолютно неизвестна, в связи с чем можно поставить под сомнение сам факт возможности реализации данного права личности и необходимости его признания, охраны и защиты, а следовательно, и сам факт существования свободы сокрытия информации, так как ее реализация, как было указано, непосредственно связана с возможностью реализации личностью своего права на анонимность.

В этой связи, как представляется, права личности на секретность и на конфиденциальность являются своего рода «спасательным кругом» права на анонимность, так как фактически, оставаясь в рамках «парадокса анонимности», создают условия реализации данного права личности, тем самым как бы нивелируя данный минус.

Таким образом, автором настоящей статьи была предпринята попытка выработки модели понимания *приватности как индивидуального правового статуса личности*, под которым было предложено понимать совокупность индивидуально-персонифицированных прав, свобод и обязанностей личности, составляющих основу правового положения личности в обществе и государстве, социальная ценность которого выражена в обеспечении социально-правовых возможностей, вариантов и гарантий личности в удовлетворении ею своих потребностей в персонификации и в сокрытии информации о себе, своей личной жизни и жизнедеятельности (включая деятельность в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»).

¹⁸ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3451.

¹⁹ Под *предоставлением вымышленной информации о себе* автором настоящей статьи понимается предоставление такой информации, которая, с одной стороны, не является информацией, официально связанной с личностью, позволяющей ее достоверно идентифицировать, но, с другой стороны, воспринимается и ассоциируется самой личностью с собой и (или) с какими-то своими индивидуальными особенностями, чертами, составляя при этом индивидуальный аспект своей персонификации, формирующий некий цифровой портрет цифровой личности.

При этом в рамках приватности как индивидуального правового статуса личности автором настоящей статьи было сделано предложение выделять следующие ее основные элементы:

1. Свободу персонификации личности, включающую в себя *право личности на уединение*

и право личности на ограничение доступа к себе.

2. Свободу сокрытия информации, реализуемую через *право личности на анонимность*, включающее в себя *право личности на секретность* и *право личности на конфиденциальность*.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Авакьян С. А. Конституционное право России : учебный курс : учеб. пособие : в 2 т. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма: Инфра-М, 2011. — Т. 1. — 864 с.
2. Андрущенко Е. С. Проблема идентификации субъектов интернет-отношений. Виртуальное лицо // Информационное общество: проблемы развития законодательства : сборник научных работ. — М. : ИГП РАН, Юркомпани, 2012. — С. 79—85.
3. Кабанов П. А. Криминологическая классификация жертв политических преступлений в современной российской криминальной политической виктимологии // Юридическое образование и наука. — 2007. — № 4. — С. 24—28.
4. Сербин Д. С. Конституционно гарантированное право на приватность // Нравственные императивы в праве. — 2014. — № 4. — С. 76—79.
5. Benn S. I. Theory of Freedom. — Cambridge University Press, 1988.
6. Gavison R. Privacy and the Limits of Law // The Yale Law Journal. — 1980. — Vol. 89. — No 3. — Pp. 421—471.
7. Jourard S. M. Some Psychological Aspects of Privacy // Law & Contemp. Probs. — 1966. — 31. — Pp. 307—318.
8. Kang J. Information Privacy in Cyberspace Transactions // Stanford Law Abstract. — 1998. — № 50. — Pp. 1202—1203.
9. Posner R. A. The Economics of Justice. — 1981.
10. Sandel M. Democracy's Discontent. — 1996.
11. Solove D. J. 'I've Got Nothing to Hide' and Other Misunderstandings of Privacy // San Diego Law Abstract. — 2007. — Vol. 44. — Pp. 745—772.
12. Solove D. J. Conceptualizing Privacy // Cal. L. Rev. — 2002. — 90.
13. The capacity to be alone // Winnicott D. W. The Naturation Process and the Facilitating Environment. — London : Hogarth Press, 1960. — Pp. 26—36.
14. Thomson J. J. The Right to Privacy // Philosophical Dimensions of Privacy. — 1984.
15. Warren S., Brandeis L. The Right to Privacy // Harvard Law Abstract. — December 15, 1890. — Vol. IV. — № 5. — Pp. 193—220.

Материал поступил в редакцию 17 апреля 2018 г.

PRIVACY OF AN INDIVIDUAL: THE CONCEPT, ESSENCE AND LEGAL NATURE

LYAPUNOV Boris Alekseevich, Postgraduate Student of the Department of Legal Regulation of Economic Activities of the Financial University under the Government of the Russian Federation
fox-in-law@hotmail.com
141304, Russia, Moscovskaya oblast, Sergiev Posad, ul. Moskovskoe shosse, 26

Abstract. *The article is devoted to the issues of comparative legal analysis and correlation of theoretical and legal concepts of personal privacy prevailing in foreign legal literature, and is aimed at determining the legal nature, essence and social value of privacy for the individual, society and the State in the conditions of formation and development of social relations in the age of information technology.*

For the first time in the domestic legal literature, the article attempts to define the author's theoretical and legal model (concept) of understanding privacy of an individual as a complex system of interrelated elements, i.e. rights and freedoms of the individual, reveals the essence and legal nature of relevant elements, provides for the author's definitions of elements in question, and draws conclusions concerning importance of this approach for both domestic legal science and court practice.

Keywords: *individual, individual legal status, privacy, conceptualization of privacy, monistic concept of privacy, pluralistic concept of privacy, personification, freedom of personification, right to privacy, paradox of privacy, loneliness, right to limit access to oneself, freedom of concealment of information about oneself, anonymity, paradox of anonymity, secrecy, confidentiality.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Avak'yan S. A. Konstitutsionnoe pravo Rossii : uchebnyy kurs : ucheb. posobie : v 2 t. — 4-e izd., pererab. i dop. — M. : Norma: Infra-M, 2011. — T. 1. — 864 s.
2. Andryushchenko E. S. Problema identifikatsii sub"ektiv internet-otnosheniy. Virtual'noe litso // Informatsionnoe obshchestvo: problemy razvitiya zakonodatel'stva : sbornik nauchnykh rabot. — M. : IGP RAN, Yurkompani, 2012. — S. 79—85.
3. Kabanov P. A. Kriminologicheskaya klassifikatsiya zhertv politicheskikh prestupleniy v sovremennoy rossiyskoy kriminal'noy politicheskoy viktimologii // Yuridicheskoe obrazovanie i nauka. — 2007. — № 4. — S. 24—28.
4. Serbin D. S. Konstitutsionno garantirovannoe pravo na privatnost' // Nravstvennye imperativy v prave. — 2014. — № 4. — S. 76—79.

ФИЛОСОФИЯ И ЭТИКА ПРАВА

С. Ю. Кашкин*

Философия интеграционного права

Аннотация. Целью статьи является анализ философских вопросов развития современного интеграционного права. Предметом статьи выступают философские характеристики и особенности интеграционного права и его базовой модели — права Европейского Союза. Статья написана с использованием общенаучных, философских и специальных юридических методов познания и основывается на материале нового для философии права объекта — философии интеграционного права. По результатам в статье дается характеристика основных черт, особенностей и развития философии интеграционного и европейского права. Проведенный в статье анализ философии интеграционного права осуществляется в российской юридической науке впервые. В статье сформулированы практические предложения, которые рекомендуется использовать для развития этой сферы права в Российской Федерации.

Ключевые слова: философия интеграционного права, право ЕС, практика, наука, философия, метод, исследование, специфика, глобализация, Российская Федерация.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.043-050

Наука интеграционного права — это сфера человеческой деятельности, направленная на разработку и теоретическую систематизацию объективных данных о правовом регулировании и закономерностях развития процессов интеграции для использования их на практике.

Интеграционное право по своей природе не может ни быть отдельной отраслью права, ни представлять собой и единую определенную правовую систему. Оно является «собирательной» совокупностью реально существующих в мире интеграционных правовых систем и организаций, выработавших в процессе развития и адаптации к реальной действительности свои собственные методы.

Поэтому философские подходы к интеграционному праву, как и само это право, находятся в процессе становления, развития и имеют на этом этапе для него особое значение. Жизнеспособность любой отрасли или сферы права состоит в его способности к саморазвитию и самосовершенствованию в ответ на меняющиеся условия жизни. Именно эти качества интеграционному праву придает адекватный философский подход и верно подобранная и приспособленная к его особенностям методология теоретического исследования и практической деятельности. В результате этого происходит формирование своеобразной междисциплинарной области знаний, которую можно назвать философией интеграционного права.

© Кашкин С. Ю., 2019

* Кашкин Сергей Юрьевич, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Московского государственного университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
info@eulaw.edu.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Ее главной чертой является диалектическое единство философско-методологического подхода, который гармонично соединяется с формирующейся новой наукой интеграционного права.

Разработанные при помощи философии методы интеграционного права включают в себя методы правового регулирования общественных отношений правом интеграционных организаций, а также методы познания, изучения и функционирования права таких организаций. Они обеспечивают исследование и совершенствование соответствующих сфер общественной жизни, науки и учебной дисциплины.

Специально издаваемые для регулирования интеграционных процессов юридические нормы (представляющие собой содержание интеграционного права в каждой такого рода организации) являются не сферой международной интеграции, а средством ее реализации в соответствующих областях общественной жизни.

Интеграционное право в широком смысле этого понятия представляет собой совокупность юридических норм, регулирующих общественные отношения, складывающиеся в процессе внутригосударственной и международной интеграции. Они взаимно переплетаются и дополняют друг друга.

Интеграционное право имеет тенденцию к проявлению в нем феномена наднациональности, который выражается в наделении институтов интеграционных организаций властными полномочиями в области законодательной, исполнительной и судебной власти. Сфера влияния интеграционного права в условиях пространства в мире современного шестого научно-технологического уклада быстро расширяется, проникая практически во все области современной жизни, приобретая характер главного инструмента процесса глобализации.

Таким образом возникает новый, более высокий уровень публичной власти, который на-

ходится как бы над государствами и поэтому называется наднациональным или надгосударственным¹. Он представляет большой интерес и требует особенного философского осмысления.

Межотраслевой, международный, взаимосвязанный комплекс норм права, охватываемый понятием «интеграционное право», относится к разным правовым системам, правовым семьям, отраслям и институтам. Интеграционное право в своем реальном воплощении представляет собой сложную систему интеграционных правопорядков, действующих на территориях различных интеграционных организаций в разных частях мира и имеющих в каждом своем конкретном проявлении и на различных временных этапах своего развития как общие характеристики, так и свои особенности.

При этом они находятся в процессе постоянного изменения на основе самосовершенствования и саморазвития. Это совершенствование и развитие происходит не только в результате соответствующей деятельности государств — членов интеграционного союза, но и за счет самосовершенствования и саморазвития интеграционной организации путем целенаправленной деятельности ее собственных институтов и органов, что в процессе эволюции придает каждой интеграционной организации все более специфический и самостоятельный характер.

Таким образом, интеграционное право представляет собой перманентный поиск своего рода «обобщенной оптимальной правовой модели» реально функционирующего правового регулирования интеграционных отношений на конкретный период существования нашего глобализирующегося мира с его достижениями и недостатками, однако, модели, стремящейся к идеалу.

В узком смысле, чаще используемом на практике, интеграционное право охватывает

¹ Африканский исследователь интеграционных процессов, профессор Дакарского университета (Сенегал) Б. Гее считает, что «интеграция предполагает, что надгосударственное образование, созданное базовым договором, обеспечивает выполнение деятельности, которая до этого традиционно являлась монополией государств. Она, естественно, влечет за собой передачу власти» (см.: *Gueye B. Reflexion sur une experience d'integration: l'Union africaine // Regards croises sur les integrations regionales: Europe, Amerique, Afrique. Bruxelles: Bruylant, 2010. P. 186.*).

соответствующее регулирование общественных отношений, связанных с процессами международной интеграции. В то же время его механизмы и инструменты вполне применимы для укрепления единства крупных, особенно федеративных, государств. Это делает его изучение еще более ценным, особенно для Российской Федерации.

Поскольку интеграционное право является комплексной наукой, совмещающей в себе элементы международного права, внутреннего права государств, сравнительного правоведения, теории государства и права (на наднациональном уровне) и компоненты различных отраслей права, то и его философия имеет сложный, составной характер.

Она прежде всего складывается из общих философских положений, направленных на совершенствование принципов, доктрин, концепций, подходов, методов и методик исследования интеграционных общественных отношений, которые имеют свои специфические особенности в теории, а также в реализации их на практике. Используемые в этой науке общетеоретические положения приобретают на практике свои своеобразные, особенные черты и характеристики, которые необходимо обстоятельно изучать, обобщать и учитывать. Этим обеспечивается не только адекватное понимание мира сегодня, но и возможность предвидения его развития в будущем.

Современный этап развития интеграции и обслуживающего ее интеграционного права в условиях ускоряющейся глобализации требует обращения к новому, прежде всего наднациональному, уровню философских и методологических подходов, принципов исследования и выбора алгоритмов деятельности, обусловленных усложняющимся характером систематизации знаний о быстро меняющейся реальности.

Философия интеграционного права предусматривает учет тесной взаимосвязи между внутренним строением, внешней организацией и сущностным содержанием взаимодействия

объединений народов и государств, совместно максимально эффективно реализующих на основе определенных правовых процедур и в соответствии с определенными ценностными ориентациями масштабные социальные цели, программы или проекты.

В настоящее время общепризнанным является представление о комплексности, синтетичности методологического знания. Так, по мнению Д. А. Керимова, методология права представляет собой «общенаучный феномен, объединяющий всю совокупность принципов, средств и методов познания (мировоззрение, философские методы познания и учения о них, обще- и частнонаучные понятия и методы), выработанные всеми общественными науками, в том числе и комплексом юридических наук, и применяемых в процессе познания специфики правовой действительности, ее практического преобразования»²

Рожденная философией диалектика — это метод познания явлений действительности во всем комплексном и противоречивом многообразии их количественных и качественных характеристик, в их развитии и самодвижении. Диалектический метод познания в науке понимается как всеобщий метод познания истины.

Применяя этот метод к праву, профессор С. С. Алексеев отмечает, что «выражая мировоззренческую основу науки, ее метод представляет собой способ теоретического освоения фактического материала, прежде всего в мировоззренческом смысле — в смысле общего подхода к исследованию... Методом правоведения является материалистическая диалектика»³. Эта мысль в равной степени относится к интеграционному праву вообще и к праву Европейского Союза в частности.

Внутреннюю структуру диалектики как метода составляет ряд принципов. К основным принципам диалектики относятся:

- всесторонность рассмотрения объектов исследования;
- изучение взаимосвязей между элементами в их совокупности, образующей определен-

² Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М., 2000. С. 52.

³ Алексеев С. С. Общая теория права : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М. : ТК Велби, Проспект, 2008. С. 15.

- ную систему, в том числе и алгоритмы действий по достижению конкретных целей;
- принцип детерминизма, отражающий наличие причинно-следственных связей всех происходящих явлений;
- исследование явлений в исторической взаимосвязи — из прошлого через настоящее к будущему.

Диалектика оперирует такими базовыми категориями, как единичное и общее, часть и целое, причина и следствие, сущность и явление, содержание и форма, необходимость и случайность. Каждая из этих парных категорий может успешно использоваться при анализе явлений любой сферы жизни, в том числе и в сфере интеграционного и европейского права.

Так, часть представлена отдельными государствами — членами ЕС, а целое — самим Союзом, в рамках которого сложилась самостоятельная автономная правовая система.

Причинами интеграционных взаимосвязей являются выгоды интеграции для государств и преследуемые ими цели, а следствием — создание скрепленных интеграционным правом и наднациональной соподчиненностью интеграционных союзов со своими наделенными публичной властью наднациональными институтами, которым государства все в большей степени передают прежде принадлежавшие им на основе суверенитета полномочия и функции.

Единичными являются те или иные явления общественной жизни конкретных интеграционных объединений, а общими — в результате закономерности их повторения в других интеграционных организациях становятся закономерности интеграционного развития, например: первичность экономической интеграции, начинающейся с таможенного союза, затем стремление к созданию единого экономического пространства, единой валюты, переход к политическим вопросам и т.д. Соединение единичного и общего позволяет определять общие интеграционные закономерности и предвидеть будущее развитие интеграции в различных регионах и в мире в целом.

Форма того или иного интеграционного объединения предопределяется национальными, культурными, экономическими, политическими,

правовыми, историческими, религиозными и другими особенностями государств, его формирующих, а содержание зависит от их готовности соединить свои усилия и взять на себя ответственность для достижения общих целей интеграционных организаций в соответствии с проповедуемыми ими ценностями.

Каждое интеграционное объединение представляет собой масштабное многостороннее явление, сущность которого лежит в еще более масштабных процессах глобализации.

В условиях глобализации и роста масштабов международных событий, стремления крупнейших государств агрессивно доминировать на мировой арене, для того чтобы отстоять свой суверенитет и независимость, подчас просто выжить, многим менее сильным государствам приходится искать союзников для интеграционных отношений, что проявляется нередко как жизненная необходимость. Неудачи в интеграционном развитии той или иной организации могут быть результатом случайности или деятельности других сил, борющихся за региональное или мировое господство. Политика, экономика или эгоистические интересы различных государств и даже конкретных политических деятелей могут временно нарушать или искажать закономерные ожидаемые результаты развития нашего мира.

Для понимания интеграционных отношений особенно важны законы диалектики: законы взаимного перехода количества в качество, единства и борьбы противоположностей, отрицания отрицания.

Закон взаимного перехода количества в качество наиболее отчетливо отражает качественные этапы развития интеграции, зафиксированные в праве Европейского Союза. Так, создание в 1951 г. Европейского объединения угля и стали явилось началом интеграционного процесса в Западной Европе (мы должны помнить, что Совет экономической интеграции с участием СССР и других социалистических государств был реально первым интеграционным проектом в Европе, а в 60-е гг. прошлого столетия в него вошли Монголия, Вьетнам и Куба, что говорит о его межконтинентальных масштабах и больших нереализованных перспективах).

Сначала качественно это объединение напоминало скорее обычную международную организацию в сфере угля и стали, столь необходимых для восстановления послевоенной Европы. Однако в ходе его деятельности появились зачатки общего рынка угля и стали со все более влиятельными институтами управления им и развивающимся специфическим законодательством. Это было как бы пробной моделью более широкого и интегрированного внутреннего рынка 6 европейских стран.

С накоплением количественных характеристик и опыта в 1957 г. было создано Европейское экономическое сообщество (ЕЭС), распространившее накопленный Европейским объединением угля и стали опыт интеграционных отношений на всю сферу экономики этих государств. Одновременно, подобно Европейскому объединению угля и стали, было создано новое Европейское сообщество по атомной энергии, задачей которого ставилось обеспечение Западной Европы энергией. Эти 3 сообщества и составили основу Европейского общего рынка со свободным движением товаров, лиц, услуг и капиталов. Это стало зачатком государственно-подобного европейского интеграционного образования, которое требовало качественно нового правового регулирования.

Это новое юридическое качество появилось в результате творческой деятельности Суда европейских сообществ. Так, в 1963 г. в деле *Van Gent an Loos* было признано прямое действие права Европейских сообществ, а в 1964 г. в деле *Costa* — верховенство права Европейских сообществ над национальным правом государств-членов. Кроме того, право Сообществ было признано Судом Европейских сообществ в качестве самостоятельной автономной правовой системы, наряду с национальным и международным правом. Вместе эти два принципа породили понятие наднациональности права Сообществ, т.е. его превосходство над национальным правом и возможность непосредственно действовать на территории государств — членов Союза. А это уже новое качество правового регулирования, важнейшее не только для ЕС, но и для любой интеграционной организации.

Европейский Союз накапливал опыт, расширял число членов территориально и последовательно увеличивал области применения своего интеграционного права. Поэтому в результате нарастания количественных показателей произошел еще один качественный скачок — создание в 1992 г. Маастрихтским договором еще более интегрированной организации — Европейского Союза. В него, помимо существовавших трех Сообществ, вошла Общая внешняя политика и политика безопасности, и Сотрудничество полиций и судебных органов в уголовно-правовой сфере. Европейское экономическое сообщество расширило сферу своей деятельности и перестало называться только экономическим.

С перспективой роста членов Союза до 25—28 неизбежным стало изменение системы и некоторых принципов управления Европейским Союзом. Потребовалась Конституция еще более единого и сплоченного Европейского Союза. Проект Конституции не удалось ратифицировать, но заменивший ее Лиссабонский договор внес практически все основные изменения, предлагавшиеся в Конституции, в учредительные договоры ЕС. Поэтому действующие ныне договоры плюс Хартия ЕС об основных правах по сути дела являются собой триединую Конституцию Союза, хотя таковой официально не признаются. Таким образом, еще раз количественные изменения в ходе развития ЕС привели к коренным качественным изменениям в его законодательстве.

Итак, мы видим цепочку прямых и ясных примеров проявления философского закона перехода количества в новое качество, ознаменовавших появление и последовательное развитие принципиально новой интеграционной организации — ЕС, ставшей на практике моделью для всех остальных.

Таким образом, закон взаимного перехода количества в качество в интеграционном праве демонстрирует, что частичная интеграция по мере расширения сфер действия и углубления интеграционных отношений превращается в полную интеграцию; региональная интеграция в результате географического расширения может перерасти в межрегиональную, континентальную, межконтинентальную и глобаль-

ную. Эти закономерности, как мы видим, имеют общеинтеграционный характер.

Закон единства и борьбы противоположностей как бы изначально предопределяет саму сущность европейского права и интеграционного права. Раньше мир был представлен двумя принципиально различными типами правовых систем — национальными правовыми системами государств и правовой системой отношений между ними (т.е. международным правом). С появлением интеграционных организаций родился третий тип правовых систем — правовые системы интеграционных организаций. Правовая система каждой достаточно высокоразвитой интеграционной организации, подобно Европейскому Союзу, стремится стать автономной правовой системой, которая изначально обладает чертами, сходными с международной правовой системой и правовой системой, подобной тем, которые существуют в государствах.

Системы эти принципиально разные. Правовые системы государств основаны на принципе субординации всех отраслей национального права базовым конституционным установлениям и исходят из беспрекословного признания государственного суверенитета.

Международно-правовая система опирается прежде всего на принцип координации интересов и волю равноправных участников международного общения — суверенных государств. Эти две правовые системы выглядят принципиально противоположными, однако в интеграционных организациях они соединяются: сначала суверенные государства договариваются между собой, координируя свои позиции и интересы, которые, как и положено в международном праве, закрепляются в учредительных договорах, а потом, по аналогии уже с государством, на основе наднационального права интеграционной организации эти договоренности строго соблюдаются. То есть в качестве основного принципа начинает действовать новый принцип, который отличается и от международно-правового, и от внутригосударственного принципов.

Следовательно, в интеграционном праве складывается свой собственный базовый принцип — «принцип скоординированной субординации». Более того, ряд важных полномочий,

зафиксированных в учредительных договорах (которые выполняют в этом случае как бы роль конституции), государства добровольно передают самой интеграционной организации, тем самым как бы ограничивая свой суверенитет. В этом изначально проявляется философский закон единства и борьбы противоположностей, который и становится основой развития любой интеграционной организации.

Вступая в интеграционную организацию, государства как бы делегируют прежде осуществляемые ими суверенные полномочия в обмен на ускорение экономического развития, расширение рынка, усиление коллективной безопасности, подключение к авторитету и могуществу этой организации и т.д. В то же время, как, например, в ЕС, они стремятся сохранять и укреплять свой суверенитет, опираясь на принцип Европейского Союза — «Единство в многообразии».

Отсюда, как следствие действия этого закона, вытекает сегодняшний процесс выхода Великобритании из Европейского Союза. Поэтому закон единства и борьбы противоположностей в интеграционном праве состоит в том, что интеграция и дезинтеграция в принципе неотделимы друг от друга. Поэтому дезинтеграция Совета экономической взаимопомощи и развал советского блока и Советского Союза привели к масштабному расширению Европейского Союза.

Закон единства и борьбы противоположностей действует в самых различных областях правового регулирования интеграционных процессов. Так, например, естественному развитию монополий ставится преграда в виде антимонопольного законодательства ЕС, развитие регионов и отдельных стран иногда вступает в противоречие с интересами Европейского Союза в целом, цели государств могут сталкиваться в ходе осуществления общеевропейских мероприятий, в процессе реализации тех или иных мер могут возникать конфликты внутри или между институтами и органами Евросоюза. Способность конструктивно и мирно разрешать такие противоречия и является главным достижением интеграционного права.

Например, соотношение национального и наднационального права нередко разреша-

ется за счет принципа верховенства или прямого действия права ЕС либо за счет использования принципа субсидиарности или пропорциональности.

Закон отрицания отрицания является одной из принципиальных основ европейского права, обеспечивающих его эффективное развитие. Диалектика «отрицания отрицания» представляет собой триединый процесс: разрушение прежнего, соблюдение преемственности и формирование качественно нового.

Так, принцип верховенства права Европейского Союза и принцип прямого действия вторгаются в святая святых — суверенитет национального права государства, отрицая его. Но именно на этом строится понятие наднационального права и обеспечивается эффективность права ЕС, его новые качественные характеристики, которые делают эту организацию государствовидной. То есть отрицая государство, Союз в своем дальнейшем развитии все более стремится быть на него похожим.

При этом право ЕС старается соблюсти преемственность и непротиворечивость с правом и правовой культурой государств-членов, учитывая особенности культуры, менталитета и обычаев входящих в него государств и народов. Поэтому Европейский Союз обращается не только к регламентам как актам унификации права, но и к гармонизирующим общее правовое поле директивам, которые государства-члены принимают и имплементируют в свое законодательство с предусмотренным директивой учетом своих национальных особенностей. И именно поэтому Европейский Союз в проекте конституции избрал принцип «Единство в многообразии». Аналогичные процессы имеют место в подоб-

ной логической последовательности и в других интеграционных организациях.

В свою очередь, государства — члены ЕС, отказавшись от своей национальной валюты, приобрели более удобную и стабильную наднациональную единую валюту евро. Опять сработал философский закон отрицания отрицания.

Маастрихтский договор 1992 г. объявил о создании новой организации — Европейского Союза, состоящей из трех опор, вместо прежних Европейских сообществ. В то же время, соблюдая преемственность, он включил эти Сообщества в первую опору, соблюдая таким образом преемственность.

Проект Конституции для Европы 2004 г. мог стать подлинно революционной переменной, отрицающей прежнее устройство Европейского Союза. Неудача с его ратификацией во Франции и Голландии привела к необходимости перестроить революционную Конституцию во внесение Лиссабонским договором 2009 г. изменений в действующее первичное законодательство ЕС. По форме была проведена реформа, а по сути изменений (включивших в Лиссабонский договор практически 90 % содержания проекта Конституции) — «протаскана» Конституция. Это еще один пример действия закона отрицания отрицания в праве Европейского Союза.

Таким образом, мы видим, что формируется своеобразная и вполне логичная философия интеграционного права, познание которой обеспечивает адекватное понимание закономерностей и перспектив развития интеграционных организаций. Это имеет не только теоретическое, но и практическое значение для формирования интеграционных союзов с участием Российской Федерации.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев С. С.* Общая теория права : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби, Проспект, 2008.
2. *Интеграционное право в современном мире: сравнительно-правовое исследование : монография / отв. ред. С. Ю. Кашкин.* — М. : Проспект, 2015.
3. *Керимов Д. А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). — М., 2000.
4. *Gueye B.* Reflexion sur une experience d'integration: l'Union africaine // Regards croises sur les integrations regionales: Europe, Amerique, Afrique. — Bruxelles : Bruylant, 2010.

Материал поступил в редакцию 15 апреля 2018 г.

PHILOSOPHY OF INTEGRATION LAW

KASHKIN Sergey Yurevich, Doctor of Law, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation,
Head of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law
University (MSAL)
info@eulaw.edu.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

Abstract. *The aim of the article is to analyze philosophical issues of the development of modern integration law. The subject matter of the article covers philosophical characteristics and features of integration law and its basic model — European Union Law. Methodologically, the author applies general scientific, philosophical and special legal methods of cognition, and in the study he relies on a new philosophic concept — the philosophy of integration law. Following the results of the study, the article describes the main features, peculiarities and development of the philosophy of integration and European law. For the first time in the Russian legal science the philosophy of integration law is subjected to a thorough examination. The article provides for practical proposals that are recommended for the development of this branch of law in the Russian Federation.*

Keywords: *philosophy of integration law, EU law, practice, science, philosophy, method, research, specifics, globalization, Russian Federation.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Alekseev S. S. Obshchaya teoriya prava : uchebnik. — 2-e izd., pererab. i dop. — M. : TK Velbi, Prospekt, 2008.*
2. *Integratsionnoe pravo v sovremennom mire: sravnitel'no-pravovoe issledovanie : monografiya / otv. red. S. Yu. Kashkin. — M. : Prospekt, 2015.*
3. *Kerimov D. A. Metodologiya prava (predmet, funktsii, problemy filosofii prava). — M., 2000.*

Суд над Эйхманом: этический взгляд

Аннотация. Судебный процесс над Эйхманом, задуманный как воплощение единства морали и права, обнаружил сложное переплетение и конфликт правовых и моральных моментов, актуализировал идею нерядоположенности морали и права, выявил противостояние моральности и социальности, поставил и философов, и юристов перед необходимостью переосмыслить фундаментальные понятия и основания мышления о морали и праве. Этический взгляд на этот процесс возможен лишь как взгляд морального субъекта, то есть того, кто ответственен за Аушвиц как свой поступок: для него центральным является вопрос о том, как не совершить радикальное зло, не соучаствовать в нем. Ответ предполагает переосмысление идеи морали, противопоставление ее социальности, в том числе — освобождение от правовых смыслов. Обращение к материалам процесса над Эйхманом позволяет описать ряд требующих осмысления моментов: различия Эйхмана и свидетелей в моральной окрашенности языка, во вписанности в логику судебного процесса, в отношении к собственной вине, в понимании правды, в отношении к факту; возможность правового и морального отношения к радикальному злу, разрушившему право и мораль как основания его оценки, судебную рутинизацию зла и инструментализацию морали, позволяющую вынести обвинительный приговор, различие в понимании поступка в этике и праве и др. Последовательный этический ответ связан с полаганием абсолютного запрета на убийство, не опирающегося на мораль или право, но являющегося их основой.

Ключевые слова: мораль, право, суд над Эйхманом, философия после Аушвица, ответственность, социальность.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.051-061

Проблема соотношения морали и права принадлежит, если можно так сказать, к обычным проблемам, к которым обращались в разные эпохи и в разной форме. Данная статья является попыткой рассмотреть соотношение морали и права через погружение в те проблемы и идеи, которые возникли в связи с одним юридическим процессом, в котором переплетение и конфликт правовых и моральных моментов обнаружили очень остро. В качестве предваряющего утверждения скажем, что одной из сквозных и важнейших

идей философии «после Аушвица» (как не хронологического, а сущностного понятия) стала идея разведения морали и права, очищения моральных понятий от правовых смыслов. Это вопрос именно не о различии (в такой форме он традиционен), а о принципиальном различии, и возник он на фоне в чем-то совпавшей судьбы: и право, и мораль оказались дискредитированы Аушвицем. Речь не только о том, что ни право, ни мораль не предотвратили произошедшую катастрофу человеческой истории, важнейшим является то, что право и мораль были активно

© Зубец О. П., 2019

* Зубец Ольга Прокофьевна, кандидат философских наук, старший научный сотрудник Института философии РАН
olgazubets@mail.ru
109240, Россия, г. Москва, ул. Гончарная, д. 12/1

задействованы в том, что связано со словом Аушвиц и определено как радикальное зло (Х. Арендт): задействованы и в качестве норм, формы сознания и самосознания, и вербально. Для мыслителя это означает, что он уже не может мыслить их по-прежнему, вступая на путь неодолимого соучастия. Таким образом, философия столкнулась с необходимостью пересмотреть понимание морали, в первую очередь как способа ценностно-нормативной регуляции, как явления, подчиненного социальности человека, вписывающего индивида в социум, с необходимостью понять мораль через индивидуально-ответственный поступок, которым индивид, моральный субъект может противостоять социальности: социальным группам и обществу в целом. Ведь единственное, что осталось спасительным для, например, этики, — это единичные исключительные на фоне происходящего поступки отдельных, очень немногих людей при массовом отсутствии таких поступков. Но теоретическая ситуация определялась не только дискредитированностью морали и права в целом как явлений, но и дискредитированностью самого и теоретического, и морального языка, а также соучастием самой теории и самой рациональности.

В 1961 г. в Иерусалиме состоялся суд над Эйхманом, нацистским преступником, скрывавшимся в Аргентине и тайно вывезенным оттуда израильской разведкой. Эйхман — человек, усилиями которого были убиты миллионы людей, бюрократической старательностью которого миллионы людей уничтожались подобно мусору (в одном из отчетов о своей деятельности он называет цифру в 4 млн): с соответствующим идеологически-лингвистическим оформлением и технологическими усилиями. Суд над Эйхманом можно считать особым — развенчивающим, спутывающим привычные пути мысли — событием для юристов и для философов, в первую очередь этиков. Для юристов — в силу того что на нем защитой были подняты вопросы

правомерности такого рода суда: как и в случае с Нюрнбергом, праву пришлось нарушать законы и подвергать сомнению само себя, возник целый ряд юридических коллизий, многие из которых так и не нашли решения в рамках данного процесса и повлияли на развитие международного права. Юристам известно о содержании возникших трудностей (о том, как судили по закону государства, которого еще не существовало в момент совершения преступления, выкраив подсудимого из другой страны, как стало проблемой, на основании чего судить человека, исполнявшего законы своей страны и указания ее руководства), на них делала ставку защита, делая при этом акцент на различии морали и права, что было выражено адвокатом Р. Сервациусом так: «Эйхман чувствует себя виновным перед Богом, но не перед законом»¹. Юридический процесс учитывает намерение и ситуативные обстоятельства, но процесс над Эйхманом обозначил преступление совершенно иного рода — без намерения и даже иногда понимания, что совершается зло, с убеждением в законности совершаемого: «Появился новый тип преступника, относимый к категории *hostis generis humani*, который совершает свои преступления, фактически не осознавая их преступной сути»². Х. Арендт указывает в качестве одной из основных проблем юридического характера процесса над Эйхманом предположение, что «для совершения преступного деяния необходимо преступное намерение», способность проводить различие между добром и злом. Но Эйхман, противореча линии защиты, как раз отрицал свою моральную вину, а лежащее в основании приговора утверждение, что «наша моральная обязанность — покарать преступника», стало для права еще одним вызовом и проблемой³. Приговоры нацистским преступникам «не подлежали обжалованию, доказательства виновности были окончательными... потребовалось почти полвека, чтобы понять, что право не только не исчерпало

¹ Агамбен Дж. Ното sacer. Что остается после Освенцима: архив и свидетель. М. : Европа, 2012. С. 22.

² Арендт Х. Эйхман в Иерусалиме. История обыденных злодеяний / пер. с англ. В. Гопмана. Иерусалим — Москва : ДААТ/Знание, 2008. С. 289.

³ Арендт Х. Указ. соч. С. 289—290.

этой проблемы, но что сама проблема была настолько огромной, что это поставило под вопрос существование самого права и привело его к краху»⁴.

Для этиков суд над Эйхманом стал своего рода понятием, так как он был увиден и проанализирован Ханной Арендт, а сам образ подсудимого стал воплощением идеи банальности зла.

И тем не менее, несмотря на такую известность, этот процесс не был подлинно пережит и осознан как катастрофа, как разрушение всех основ нашего цивилизованного существования и способов мышления о самих себе. Ж.-Ф. Лотару принадлежит очень важное высказывание о том, что Холокост подобен Лиссабонскому землетрясению XVIII в., которое не только принесло страшные разрушения и жертвы, но разрушило и то, с помощью чего мы могли бы оценить и осознать эти разрушения. То есть Аушвиц разрушил право и мораль как то, на что мы могли бы опереться в таких измерениях и оценках, при том что он развенчал и надежду на разум и рациональность, которым можно было бы довериться в переосмыслении идей морали и права. Эта ситуация вакуума и беспомощности редко осознаваема, но открытие ее для самого себя имеет совершенно неодолимый для мыслителя характер, не может быть забыто, проигнорировано или отодвинуто. Суд над Эйхманом — во многом свидетельство такого разрушения. Аушвиц, как он предстал на суде над Эйхманом, выявил катастрофу, связанную с общим соучастием в зле и права и морали, соучастием их в целом (мораль не предотвратила этого зла и вербально была интенсивно включена в него, с невероятной быстротой нормы и ценности поменяли свое содержание дважды: когда нацисты пришли к власти и когда они ее лишились (о чем говорит Ханна Арендт в своем интервью)) и в качестве определенного ценностно-нормативного содержания, например вполне традиционных протестантских и иных ценностей (законопослушность, профессионализм, идеал трудолюбия, ценности дисциплины, верности (присяге), примитивно понимаемой

правдивости и многих иных моральных понятий и ценностей).

Что такое этический взгляд на данный судебный процесс, длившийся 10 месяцев? Речь не идет о моральном осуждении катастрофы в целом и отдельных ее событий: конечно, она морально осуждена и отвергнута в качестве радикального зла, но что есть это осуждение, если сами моральные оценки были активно вовлечены в нацистскую риторику, а также в основания организации и осуществления этого зла — например, как основание задачи отдаления немцев от непосредственного исполнения убийств, своего рода защиты их морального состояния и сохранения его (например, достоинства перед грудой трупов, если использовать выражение Гиммлера), не говоря уже о том, что моральный аргумент был включен в само обоснование уничтожения людей: ради блага народа и мира, уничтожения паразита и вируса. У Льва Толстого есть такое высказывание: «С тех пор как существует мир и люди убивают друг друга, никогда ни один человек не совершил преступления над себе подобным, не успокаивая себя этой самой мыслью. Мысль эта есть *la bien publique*, благо других людей. Для человека, не одержимого страстью, благо это никогда неизвестно; но человек, совершающий преступление, всегда верно знает, в чем состоит это благо»⁵. Именно в силу этого невозможно не только довериться моральной самооценке человека, но и собственному представлению о благе других в его позитивном содержании. Единственное оценочно-нормативное суждение, на которое можно было бы опереться и на которое и опирается философия «после Аушвица», — что этого не должно быть в абсолютном смысле, а главная задача — как не повторить (эта задача лишена оптимистического настроения).

Проблемой является и то, что представляет из себя этический взгляд на мир. Она значима для философии с самого начала. Аристотель, как известно, ясно указывает, что этический взгляд озабочен задачей не описать и познать окружающий мир, но ответом на вопрос, как

⁴ Агамбен Дж. Указ. соч. С. 19.

⁵ Толстой Л. Н. Война и мир // Толстой Л. Н. Полн. собр. соч. в 90 т. Т. 11. С. 350.

стать добродетельным, причем этот ответ может быть дан только самим добродетельным человеком самому себе, а значит — самим философом самому себе: он не может и не хочет решать этот вопрос за другого. Так же и Кант формулирует этот вопрос, как вопрос о том, что я должен делать. И вопрос об Аушвице как моральный и философско-этический есть вопрос о том, что делать мне — не как стороннему наблюдателю, описывающему и фиксирующему некоторое событие истории, но как тому, кто видит это событие и весь мир как собственный поступок, за который он несет ответственность, как поступок, совершенный им не только в силу собственной принадлежности человечеству, в качестве представителя и творца той цивилизации, той культуры, той философии и науки, той музыки и поэзии, которые не только не предотвратили катастрофу, но и способствовали ей, соучаствовали в ней, но в качестве индивидуально ответственного субъекта, ни с кем не делящего свою начальность и ответственность. То есть речь не только и не столько о том, что я есть представитель падшего человечества, но о самой возможности мыслить о морали, когда любое устранение моей субъектности ведет к потере морали как предмета моего философского интереса. Только в качестве ответственного субъекта я могу мыслить произошедшую трагедию, то есть принимая ее как собственный поступок. Мораль не есть осуждение или оценка другого, но способ бытия самого себя, того, кто действует, говорит и мыслит от своего имени. Такое видение морали ведет к пониманию ее принципиальной нерядоположенности праву. Сама мысль об Аушвице как собственном поступке может казаться разрушительной в силу целого ряда вещей. Во-первых, в силу ее связи с невозможностью определить совершенное как ошибку, случайность или извращение, некую патологию: Аушвиц был не извращением, не отклонением, он был своего рода вершиной развития цивилизации — так его определяет

Зигмунд Бауман⁶. Он совершен не извращенцем, а нормальным, обычным человеком: то есть моя нормальность, более того — своеобразная старательность в осуществлении социальных обязанностей и функций делают меня именно тем, кто совершает зло. Во-вторых, в связи со сложностью помыслить то, что есть радикальное зло, то есть то, что никогда ни при каких обстоятельствах не должно быть, что не должно быть абсолютно (Х. Арендт). Речь, в сущности, идет о том, что выпадает из человеческого пространства в том смысле, что к Аушвицу невозможно применить никакие правовые и моральные понятия. К нему неприменимы понятия совести, прощения, ответственности, долга, хорошей жизни, справедливости. О какой справедливости мы можем говорить, соотнося жизнь Эйхмана и миллионов убитых им?! На каких весах вы можете это взвесить?! Абсурд ситуации выражен, например, в таких словах Эйхмана: «...если теперь это на 160 человек больше или меньше, то мера моего наказания не станет от этого ни меньше, ни больше. Я готов признать всю эту историю»⁷ (это о скелетах, заказанных учеными-медиками, — были убиты выбранные в соответствии с их запросом люди). Но неприменимы и моральные нормы: не существует в десяти заповедях запрета на убийство миллионов людей, это морально немыслимо и невыразимо. То есть ни мораль, ни право не имеют языка и норм, позволяющих говорить об Аушвице и оценивать его на основе сформулированных норм. В сущности, мышление и речь об Аушвице как о собственном поступке возможны лишь как абсолютное отвержение и лишение фактичности (если обратиться к идее Л. Шестова).

Такой этический взгляд на суд над Эйхманом не может не увидеть, не воспринять предельно серьезно расхождение, а точнее даже противостояние морали и права; не имея задачи воспроизвести его в виде целостной картины, обратимся к некоторым моментам этого про-

⁶ Согласно Бауману, Холокост раскрыл «скрытые возможности современного общества», и страшный смысл этого признания не более страшен, чем отказ от него (*Bauman Z. Sociology after the Holocaust // The British Journal of Sociology. 1988. Vol. 39. No 4. P. 477*).

⁷ Ланг Й. Протоколы Эйхмана. Записи допросов в Израиле. М.: Текст Лехаим, 2007. С. 162.

тивостояния, выхваченным этическим взглядом вовлеченного в этот судебный процесс философа (тем более что есть возможность не только читать его материалы, но и просмотреть около 100 часов видеозаписи судебных заседаний).

Судебный процесс исследует факты, мораль ничтожит фактичность зла, рассматривая его как то, что не должно быть (таково радикальное зло — оно абсолютно отвергаемо). Джорджо Агамбен пишет: «У правды есть и неюридический аспект, в котором *quaestio facti* (вопрос факта) никогда не может быть сведен к *quaestio iuris* (вопрос права)»⁸. Чтобы пробиться к правде, надо очистить мораль от правовых смыслов: именно в таком процессе, как суд над Эйхманом, различие и общность морали и права явлены как неустрашимые проблемы. Есть то, что делает приговор невозможным, как и невозможным прощение, оценку, всё то, что связано с моралью и правом. Невозможным их делает серая зона — всеобщее соучастие в зле: палача и жертвы, канувшего и спасенного, права и морали, философии, науки, искусства, речи и молчания, знания и незнания.

На этом процессе обвинение пошло по пути обширного свидетельствования, нарратива о Катастрофе, но не отслеживания конкретных действий обвиняемого (хотя это тоже было). Такое выстраивание процесса было названо *witness-dominated approach* (и этот подход поставил под вопрос правомерность уголовного процесса). Казалось бы, юристы сделали ставку на мораль, на воспроизведение обширной и поражающей картины зла, но сама процедура, сам процесс обернулся удвоенной рутинизацией. Одна — на уровне восприятия описания свидетелями ужасов и жестокости: один из исследователей этого суда пишет, что его длительность, сложность, многочисленное повторение описания ужасных сцен, трупов вели к скуке и утомлению слушателей в зале⁹. Само это уже трагично и разрушительно, но важнее другое: сам факт, что немыслимое, для чего нет места в человеческом пространстве, подвергается уголовному суду,

означал вписывание нечеловеческого в обычную человеческую практику, как бы возвращая ему статус человеческого деяния, для которого есть закон и суд, то есть превращая его в обычное событие человеческой жизни в социуме, для которого есть адекватные способы оценки и наказания.

В этом процессе почти персонифицированно сталкивается то, что можно назвать социальностью, вписанностью в общественное существование, его законы, нормы, ценности, роли, обязанности и иерархии — *социальность*, с одной стороны, и моральность, вернее то немногое, что мы пытаемся сохранить для себя, обозначая как *моральность*, — с другой. И не случайно два автора, много думающие об Аушвице и столь различные в направлении своего взгляда: Арендт говорит об Эйхмане, о банальности зла, Агамбен — о свидетелях, о невозможности свидетельствовать, о вине и стыде жертв, о серой зоне, — оба они говорят о потере субъектности. Это противостояние социальности и моральности почти визуализировано в этом процессе в образах судимого и свидетеля.

Контраст виден уже в том, как они дают клятву говорить правду и только правду. Эйхман говорил на допросах, что никогда более не даст клятв, не присягнет, ведь за это потом придется отвечать, но на процессе он театрально и энергично, подчеркивая особенности собственной религиозности, клянется. Свидетели приносят клятву растерянно или спеша перейти к главному в своей жизни, с их голов сваливается подобающая шапочка, они автоматически повторяют за судьей — видно, что это не имеет для них значения и лишь отдаляет от свидетельствования. И может ли быть одна и та же правда для Эйхмана и свидетелей, жертв немыслимого? Их клятвы, рутинный акт судебного процесса, с самого начала задают противоположные пространства. Для Эйхмана правда — это то, что он не убивал собственными руками еврейского мальчика; он жаждет доказать это, и суд соглашается: не убивал собственными руками. Это

⁸ Агамбен Дж. Указ. соч. С. 16.

⁹ См.: Landsman S. The Eichmann case and the invention of the witness-driven atrocity trial // Columbia journal of transnational law. 2012. Vol. 51. № 1. Pp. 69—119.

та правда, которую можно назвать гносеологизированной, она достигается познавательными процедурами. Для свидетелей правда есть не то, что они хотят доказать и засвидетельствовать: правда означает невыразимое, потому что они описывают отдельные увиденные, пережитые моменты, говорят об одной жертве, о сотнях и тысячах, но никто не может свидетельствовать гибель миллионов. Более того, невозможно свидетельствовать изнутри газовой камеры: все возможные свидетели ее погибли, остались лишь те, кто обслуживал эту газовую камеру. Правда свидетелей не выразима в цифрах и эмпирически не схватываема. Она оказывается чем-то недостижимым, а клятва бессмысленной, так как донести правду есть главный смысл жизни этих выживших.

Речь чувствительна к тому, что не поддается анализу и теоретическому описанию. Между речью убийц и убиваемых процесс обнаруживает очевидное различие: свидетели не говорят о морали, о себе как моральных существах и не дают моральных оценок тем ужасам, о которых они свидетельствуют. И в этом смысле они действительно явлены как свидетели о «другой планете», совершенно иного, лишенного обычных человеческих речевых ухищрений пространства — «планеты пепла», как назвал Аушвиц один из них. Обратимся к протоколам допросов Эйхмана: в них он очень озабочен своим моральным обликом и полностью соответствует высказыванию Гимmlера о том, как важно сохранить свое достоинство перед горами трупов. В чем-то с ним совпадают ученые психологи, проводившие экспертизу Эйхмана и определившие его как психически и морально нормального. И именно как «морально нормальный» он говорит о себе в моральных понятиях: «...у меня за все эти годы язык не повернулся ни разу...»¹⁰ — это он о приписываемой ему фразе «угробить весь еврейский сброд в Будапеште». «Я не привык где-то рассиживаться и тратить время попусту» (переживает по поводу того, что завершился процесс депортации из Венгрии); «сегодня я бы не принял никакой присяги. Ни-

кто меня к этому больше не подвигнет, никакой судья, даже к присяге свидетеля. Я этого не признаю, не признаю, и прежде всего по моральным причинам... Но если бы тогда я не повиновался, меня наказали бы»; «я был безмерно рад все эти годы, что не имел дела с уничтожением... У меня был приказ — депортировать»; «...где-то в министерстве восточных областей сказали: дело должно происходить более прилично, пальба — это уже не годится!» (после чего Эйхман велел закупить синильную кислоту). Он говорит о долге, послушании приказу, твердости, говорит, что убил бы собственного отца, если бы приказали, сказали бы, что он изменник. «Я... излагал моим людям дело так, как оно было на самом деле» — то есть правдив (это о том, что уничтожение происходило в газовых камерах). А «когда рушился мир, в котором я жил... не нервный шок, а мораль... моральный шок кричал во мне... ничего не вышло...». «Не я убил пять миллионов евреев... убийствами мы не ведали» — это он отрицает приписываемую ему фразу, что его радует ощущение, что на его совести пять миллионов евреев. Когда он увидел, «у него подкосились ноги». Более того, он обращается к авторитету Канта: о своих заметках на полях книги «о верности долгу согласно присяге» — «Я принял за норму императив Канта, притом уже давно. Я строил мою жизнь в соответствии с этой нормой...». И вот удивительный документ, слова из записи, которую Эйхман признает своей: «Я был всего лишь верным, аккуратным, корректным, прилежным исполнителем. Был вдохновлен чувствами к своей родине... Внутренне я никогда не был ни подлецом, ни изменником... Я... если стану строго и беспощадно судить себя сам, то должен буду обвинить себя в содействии убийствам. Но я еще не вижу ясно, имею ли я на это право по отношению к моим непосредственным подчиненным... я с чистой совестью и верой в сердце исполнял приказы и следовал долгу». В этом Эйхман един с другими деятелями Аушвица. Так, Р. Хесс пишет в воспоминаниях незадолго перед казнью: «Пусть общество продолжает

¹⁰ Ланг Й. Указ. соч. С. 232.

Далее цит. по: Ланг Й. Указ. соч. С. 152, 153, 154, 180, 182—183, 221, 263, 264.

видеть во мне жаждущее крови животное, жестокого садиста, убийцу миллионов, ведь иначе широкие массы коменданта Освенцима представлять не могут. Они никогда не поймут, что и у него было сердце, что он не был плохим»¹¹.

Чистая совесть и вера в сердце — то, чего лишены жертвы, свидетели на процессе. Они говорят с трудом (в отличие от чеканной речи офицера СС), чувствуют себя и обязанными говорить и не имеющими права говорить, так как выжили и говорят как бы от имени тех, кто погиб. Вот слова из фильма Клода Ланцмана «Шоа»: «Об этом невозможно рассказать. Никто не может себе представить, что здесь творилось. Невозможно представить. И никто не может этого понять. Даже я сам сегодня не могу»¹². Ключевое в свидетельствовании об Аушвице: невозможно рассказать, представить, понять.

Эйхман пытается опровергнуть свою вину (он ведь исполнял приказы, старался хорошо работать, исполнять долг). Свидетели чувствуют себя виновными («выжили худшие», «за счет других», винят себя). Один из свидетелей через 20 лет после процесса скажет, что увидел Эйхмана как обычного человека и что испугался за самого себя, увидел, что способен совершить то же самое, что он совершенно такой же. Свидетели чувствовали себя виновными: Примо Леви пишет — «выживали по большей части худшие, эгоисты, жестокие, бесчувственные, коллаборанты из серой зоны, доносчики... Лучшие умерли все»¹³. Но дело не в том, что свидетели выжили, совершая то, что ни за что не посчитали бы морально достойным: их мучил стыд, ибо стыд есть — «находиться во власти того, что нельзя принять»¹⁴. Право устанавливает деяния и оценки другого, но мораль обращена к самому себе, к собственному поступку и отвечает на вопрос, как мне поступать, как мне не допустить собственного соучастия в зле, как мне не попасть в серую зону. Именно в силу

этого свидетели считали себя виновными. Они понимали и проговаривали это, не будучи в силах морально санкционировать собственное выживание, само столкновение с радикальным злом и попытку возвращения в мир обычной человеческой жизни, в социум с его судом, ставящим своим приговором некую точку в том, что в принципе не может быть завершено наказанием.

Свидетель Денур хочет свидетельствовать о зле, но не может отвечать на вопросы прокурора и адвоката и теряет сознание. Факты и правда — не одно и то же. То, что ищут юристы на процессе, и то, о чем стремятся сказать свидетели, — разные вещи. Свидетелей охватывает страх, что им не поверят, ибо невозможно поверить. Обвинитель Хаузер задавал ранящие вопросы ради непосредственной реакции и достижения морального пика в процессе. Юристы делали свою работу: чрезвычайный для юридической практики опыт привлечения множества свидетельств, нарративов в судебный процесс столкнул не только с банальностью зла, но и с банальностью судебного процесса¹⁵. Не случайно в фильме «Нюрнбергский процесс» Крамера адвокат воспроизводит те же методы допроса, которым когда-то подвергалась свидетельница, но уже нацистами. Этот фильм вышел в том же 1961 г., и он посвящен суду над нацистскими судьями. И первый же вопрос, озвученный в нем: судья стоит на страже закона и судьи защищали интересы государства — это сочетание превращает их в соучастников радикального зла. Эйхман апеллирует к закону (ведь он исполнял закон и приказы), свидетелям же тяжело отвечать на вопросы, обычные для суда, они как бы не на суде, чужды ему. Для них болезненно каждое обращение к ним юристов. Эйхман более соответствует идее и форме судебного процесса, свидетели — жертвы Аушвица — в него не вписываются.

¹¹ Цит. по: Симкин Л. Его повесили на площади Победы. Архивная драма. М. : АСТ, 2018.

¹² Ланцман К. Шоа / пер. с франц. П. Каштанова. М. : Новое издательство, 2016. С. 13.

¹³ Леви П. Канувшие и спасенные. М. : Новое издательство, 2010.

¹⁴ Агамбен Дж. Указ. соч. С. 112.

¹⁵ См.: Keydar R. Rethinking Plurality: On Ethics and Storytelling in the Search for Justice // Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper. 2015. No. 16–21. P. 24. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2717407>.

Право основано на установлении фактов (факта преступления, его обстоятельств, непосредственного участия в нем обвиняемого и т.д.). Мораль основана на ничтожении фактичности: она говорит о том, что не должно быть ни при каких условиях. Для морали нет обстоятельств и разделения ответственности — в этом смысле, убийство остается убийством, даже если оно совершено не по собственной воле, случайно, и тем более оно остается таковым, если совершено по приказу сверху.

Право имеет дело с событиями в пространстве и времени, мораль ничтожит пространство и время: поступок является определенным моральным поступком независимо от времени и места. Для свидетелей описываемое ими не локализовано в прошлом, для Эйхмана же эта локализация принципиально важна. Эта разница между свидетелями и Эйхманом как бы олицетворяет различие морали и права, а судьи, и обвинитель, и адвокат оказываются между ними. Так, они должны направлять свидетелей, задавать им вопросы, уточнять, подвергать свидетельства сомнению — но это совершенно невозможно, разрушительно для свидетелей. Не случайно они так тяжело переживают эти вопросы, воспринимая их как недоверие им и крах того, ради чего они живут, т.е. что им не удастся донести до человечества, что такое эта катастрофа.

Невозможно свидетельствовать ни изнутри газовой камеры (тогда ты мертв), ни извне (тогда не знаешь). Это как свидетельство о смерти — оно невозможно. Шоа — это «событие без свидетелей», такая катастрофа человечества, о которой оно не может свидетельствовать. Но невозможность свидетельства, нарратива не отменяет возможности, необходимости признания себя не как свидетеля, а как деятеля. Именно того, кто совершает, поступает. Свидетельство, правда и факт — это проблема судебного процесса. Но этический взгляд — о собственной выброшенности из человеческого пространства, о небытии, о лишенности и языка, и способности установить самого себя как опоры мира. Это невозможность довериться разуму (не говоря уже о том, что называется ценностями и нормами, которые запросто и мгновенно были пе-

ревернуты), и тем более своей социальности, вписанности в некоторую культуру, нормативную систему, в общество. Невозможность доверять идее, что человек — это нечто благое, что общество дает мне ориентиры, что за моими социальными ролями не скрывается дьявол. Это невозможность желать быть хорошим гражданином, профессионалом, человеком долга и принципов. Это такое объявление «нет!» себе и обществу, которое требует сохранения себя как говорящего это «нет». И это сохранение можно помыслить лишь с опорой на абсолютное отвержение любого обоснования поступка, кроме полного запрета на убийство и насилие.

Само доминирование темы свидетельствования в философской литературе об Аушвице есть проявление подчинения этического правовому. В морали нет свидетельствования, мое отношение к собственным поступкам не может быть опосредовано чьим-либо нарративом, в котором не может быть меня как субъекта. И мой собственный поступок не может быть дан мне в виде нарратива (подобно тому, как бытие самого себя не может быть дано посредством биографии). Абсолютное «не-должно» не может быть отнесено к эпизоду, моменту, увиденному или услышанному, к некоторой части мира. Речь идет об абсолютном отказе от всего, что называется цивилизацией, культурой, включая право и мораль, о переустановлении начала, абсолютного начала. И в этом заключается нечто принципиально иное по отношению к библейскому «не убий». В Аушвице нет убийства и нет смерти — таких, как их понимает человеческое сознание, как они даны в культуре. Там нельзя умереть самим собой, «нельзя умереть евреем», под своим именем. Там нет убийства и насилия, вместо них — «переработка мусора», биоматериала... Это фабрика по переработке, а не то, что понимается под убийством в культуре. Возникает некая доморальная и докультурная потребность в запрете, о котором культура не может ничего сказать более того, что она не может санкционировать саму себя вне этого запрета. И человек как моральное существо не принимает этот запрет, но принимает свое небытие вне этого запрета. Весь опыт «не убий» и «ненасилия» — с его эмпирической представ-

ленностью в истории, в самой истории их нарушения и умаления, со всеми рациональными изысками «меньшего зла» и оправданий благом друга, народа или человечества — жаждет преодоления в том исходном запрете, который предшествует и речи, так что не может быть выражен в ней. И только это исключительное, до-социальное, докультурное, доправовое и доморальное основание может позволить человеку «после Аушвица» восстановиться, вернуть себе возможность говорить и мыслить.

Процесс выявил еще одно фундаментальное различие морали и права. Оно обнаруживает себя в том, что право занято преступлением, оставляя за преступником качество человека, т.е. человечности, адвокат защищает не убийство, а человека, его совершившего. Мораль же — и это теоретически выразил Аристотель — заключается в тождественности человека и поступка, в его бытии в поступке. Невозможно, чтобы добродетельный человек совершил порочное действие и остался тем же человеком. Мораль касается самого бытия в качестве человека, т.е. как субъекта поступка. Человек не отождествлен с законом, так же как и с любой социальной нормой, но отождествлен с поступком. Понимание этого разрушает однопорядковость права и морали, полагает мораль как основание любой человеческой активности, без которого невозможно ни право, ни наука, ни искусство.

Катастрофа Аушвица означает разрушение всех позитивных образов человека, которые вырабатывала культура на протяжении тысячелетий: и образа добродетельного человека как гражданина в Античности, и богоподобного творения бога, и человека Просвещения. Удар по этому позитивному образу человека — двойной: именно этот человек совершил радикальное зло, причем именно в качестве социального существа, члена общества, творца цивилизации. С другой стороны, образ так называемого *мусульманина* (крайне истощенного, умирающего человека в Аушвице) ставит перед выбором —

не признавать его человеком, так как к нему неприменимы понятия достоинства, ответственности, коммуникации, благой жизни и т.п., но в таком случае мы санкционируем его убийство. Если же мы признаем его человеком, тогда понятие человека лишается всех тех культурных определений, которые давались ему в истории, и остается лишь одно — именно этическое определение: это тот, кого нельзя убивать. Все осложняется тем, что сам вопрос о границе между человеком и не-человеком невозможно поставить как гносеологический, ведь таково основание расизма. Это приводит к одному сложному, требующему, видимо, большего осмысления положению, что этическое задание, понимание человека обрывается, не допускает перехода в гносеологическое его развертывание, является таким основанием, которое не предполагает изменения своей моральной природы. С этим же мы имеем дело, если, признав, что единственным основанием для доверия к возможности поступать, говорить, познавать, доверять разуму является абсолютный запрет на убийство, — если после этого мы допускаем возможность рассуждения о том, что есть убийство. И здесь мы можем столкнуться с тем, что сам Эйхман не считает, во всяком случае — не признает себя убийцей, т.к. он, действительно, ни в кого не стрелял и лично не пускал газ в камеру. А определение его как убийцы ведет к пониманию всеобщего соучастия в Аушвице, т.к. любая форма включенности в социальную жизнь означает это соучастие. Последовательный выход из этого тупика может быть связан только с пониманием абсолютного запрета на убийство как утверждение абсолютного приоритета морали перед социальностью и их принципиальное разведение.

Процесс над Эйхманом был задуман как единство морали и права, но на деле он совершенно развел их. Но что объединяет мораль и право в этом процессе — так это та катастрофа, перед лицом которой они теряют собственные основания. Их объединяет и то, что они до сих пор не приняли ее в этом качестве.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агамбен Дж. Номо sacer. Что остается после Освенцима: архив и свидетель. — М. : Европа, 2012. — 192 с.
2. Арендт Х. Эйхман в Иерусалиме. История обыденных злодеяний / пер. с англ. В. Гопмана. — Иерусалим—Москва : ДААТ/Знание, 2008. — 324 с.
3. Ланг Й. Протоколы Эйхмана. Записи допросов в Израиле. — М. : Текст Лехаим, 2007. — 285 с.
4. Ланцман К. Шоа / пер. с франц. П. Каштанова. — М. : Новое издательство, 2016. — 385 с.
5. Леви П. Канувшие и спасенные. — М. : Новое издательство, 2010.
6. Симкин Л. Его повесили на площади Победы. Архивная драма. — М. : АСТ, 2018.
7. Bauman Z. Sociology after the Holocaust // The British Journal of Sociology. — 1988. — Vol. 39. — № 4. — P. 469—497.
8. Keydar R. Rethinking Plurality: On Ethics and Storytelling in the Search for Justice // Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper. — 2015. — No. 16—21. — URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2717407> (дата обращения: 20.05.2018).
9. Landzman Cl. The Eichmann case and the invention of the witness-driven atrocity trial // Columbia journal of transnational law. — 2012. — Vol. 51. — № 1. — P. 69—119.

Материал поступил в редакцию 20 мая 2018 г.

THE EICHMANN TRIAL: AN ETHICAL VIEW

ZUBETS Olga Prokofjevna, PhD in Philosophy, Senior Researcher of the Institute of Philosophy, RAS
olgazubets@mail.ru
109240, Russia, Moscow, ul. Goncharnaya, d. 12/1

Abstract. *The Eichmann Trial was conceived as the embodiment of the unity of morality and law but it revealed a complex intertwining and conflict of legal and moral concerns, actualized the idea that morality and law cannot be seen side by side, focused on the confrontation of morality and sociality, and put philosophers and lawyers before the need to rethink the fundamental concepts and foundations of philosophy of morality and law. The ethical view over the Trial in question is possible only as the view of the moral subject, that is, the one who is responsible for Auschwitz as the act he personally committed: for him, the central question is how not to commit radical evil, not to participate in it. The answer involves rethinking the idea of morality, contrasting it to sociality, including elimination of any legal meanings. Reference to the materials of the Eichmann Trial allows us to describe a number of points that require understanding: differences between Eichmann and witnesses which are seen in the moral coloration of the language, in their ability to fit in the logic of the trial, in their attitude to their own fault, in their understanding of the truth, in their attitude to the fact. Also, it is the question of the possibility of legal and moral attitude to the radical evil that has destroyed law and morality as the foundations of its evaluation, of judicial routinization of the evil and instrumentalization of morality that provided for passing a conviction, the difference in understanding of the act in the light of ethics and law, etc. A consistent ethical response is based on the accepting of the absolute prohibition of murder, which is not based on morality or law, but is the basis of them itself.*

Keywords: *morality, law, Eichmann Trial, philosophy after Auschwitz, responsibility, sociality.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Agamben G.* Homo sacer. Chto ostaetsya posle Osventsima: arkhiv i svidetel'. — M. : Evropa, 2012. — 192 s.
2. *Arendt H.* Eykhman v Ierusalime. Istoriya obydenykh zlodeyany / per. s angl. V. Gopmana. — Ierusalim— Moskva : DAAT/Znanie, 2008. — 324 s.
3. *Lang Y.* Protokoly Eykhmana. Zapisi doprosoy v Izraile. — M. : Tekst Lekhaim, 2007. — 285 s.
4. *Lanzmann Cl.* Shoa / per. s frants. P. Kashtanova. — M. : Novoe izdatel'stvo, 2016. — 385 s.
5. *Levi P.* Kanuvshie i spasennye. — M. : Novoe izdatel'stvo, 2010.
6. *Simkin L.* Ego povesili na ploshchadi Pobedy. Arkhivnaya drama. — M. : AST, 2018.

Е. И. Ярославцева*

Этика научного исследования: авторская свобода и стандартизация

Аннотация. Современные проблемы развития науки сопрягают в себе очень острые вопросы — свободу человека как нравственную ценность и необходимость создания общих принципов понимания и взаимодействия, определенной стандартизации, которая позволяет распространять знания и проводить совместные исследования.

Стандартизация, особенно в современных условиях глобальных коммуникаций, многообразия информационных потоков, ориентирована на выработку однозначных, а потому и достаточно жестких систем описания исследовательской деятельности. Но при соприкосновении индивидуальных и коллективных форматов взаимодействия существует риск потери важных для жизни и миропонимания человека качественных характеристик знания, что особенно существенно для результативности научных исследований. Эта проблема достаточно ярко проявляется в сфере гуманитарных наук, в частности в этико-правовой области.

Ключевые слова: этика, нрав, право, стандарт, научный критерий, постнеклассический подход, человекоразмерность.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.062-069

Человек как исследователь всегда стремился проникнуть в тайны окружающего его мира, чтобы использовать его ресурсы для собственной жизни и развития, а также «договориться» с силами, управляющими природой, как правильно это делать. Человек хотел предугадать, как будут вести себя природные божества, если он устремится к достижению своих целей. Познание и практика, будучи нераздельной коммуникативно-когнитивной формой поведения, всегда были сопряжены с эмоциональным переживанием и личным опытом, который добывался в реальных испытаниях и борьбе за достижение цели.

Знания, лежащие в основе действий человека, всегда проявляли его нрав, индивидуальные способности, которые диктовались внутренними установками, психоэмоциональной сферой человека. Получаемый опыт был всегда эффективен, поскольку знания не только рациональные, но и на уровне интуиции, всегда были соразмерены с конкретным человеком. Одним словом, то, что открывалось ему в мире, было, по современным понятиям, человекоразмерно¹, оказывалось оптимальным как с экологической, так и нравственной точки зрения, было нацелено на поддержание баланса с природой, устойчивое сосуществование.

¹ Понятие человекоразмерности см.: Петров М. К. Социально-культурные основания развития современной науки. М., 1992. С. 7 ; Он же. История европейской культурной традиции и ее проблемы. М., 2004. С. 64.

© Ярославцева Е. И., 2019

* Ярославцева Елена Ивановна, кандидат философских наук, доцент, старший научный сотрудник Института философии Российской академии наук
yarela15@mail.ru
109240, Россия, г. Москва, ул. Гончарная, д. 12/1

Мы знаем о культурных традициях, когда сообществу, социальному субъекту было положено договариваться с природой и возмещать ей ущерб, нанесенный использованием ресурсов. Это как нравственная норма объединяло многих членов конкретного общества, и цель восстановления истраченных в виде пищи ресурсов не вызвала противоречий. Она, рассчитанная на будущее взаимодействие, включалась в ритуальные действия, которые фактически были системой обучения и воспроизводства правил жизни, которые внушались с ранних лет и становились практически нравственным кодом развития, доходили до индивидуального сознания каждого.

Чем более свободным становился человек, чем эффективнее развивался, реализуя в индивидуальном процессе аутопоэзиса² свой потенциал, тем больше возрастал его интерес к раскрытию тайн окружающего мира, укреплялась самостоятельность. Но его внутренний опыт не всегда совпадал с интересами окружающих его людей, поскольку нередко опережал устоявшийся, общий культурный опыт. Складывалось внутреннее противоречие, поскольку такой опыт, как правило, по самым разным причинам не был востребован окружающими. Но основные нравственные нормы, скреплявшие сообщество, проходили в таком противоречии испытание на прочность.

Изобретательность человека всегда несла изменения. Особенно это отличало детей, которые именно через непосредственность, любопытство и экспериментирование реализовали свой творческий потенциал. Здесь в рамках рассматриваемой темы важно заметить, что за детей

всегда отвечали взрослые. И если ребенка можно воспринимать как незаинтересованного, как не ведающего, что творит, то взрослые достаточно четко понимали, насколько его действия затрагивают общесоциальные нормы жизни. В целом же поисковая творческая активность человека, не способного рефлексировать по поводу своих отношений с природой и сообществом, присущая детям и достаточно инфантильным членам общества, нередко становилась проблемой для существования как самого человека, так и социума.

В результате пришедшая из глубины истории норма по сбережению каждой былинки как определенный не только нравственный, но и экологический стандарт существует и сейчас, но оказывается по большей части умозрительной, поскольку в это взаимодействие по сохранению — поддержанию и восстановлению природы — входит слишком много глобальных социальных субъектов, имеющих разные, порой взаимоисключающие интересы по отношению к природным ресурсам. В каком-то смысле рамки этической нормы, удерживавшей человека в дружественных отношениях с природой, миром и космосом, стали тесны. К XXI в. не только человек как субъект реализует свою творческую активность, но и субъекты иного, социального формата вполне явно проявляют свои цели, используя для этого немало ресурсов. Правовые нормы как форма договора членов общества об определенных правилах взаимоотношений стала столь разнообразной, что оказывается вне сферы знаний каждого отдельного человека. Право становится как бы оболочкой, под которой индивид находится, полагая, что он

Известный советский философ М. К. Петров, рассуждая про «индивидуализированные фрагменты общесоциальной деятельности», исследовал понятие «человекообразный фильтр», размышлял про своеобразную «вместимость» человека при передаче опыта между поколениями.

² Концепция аутопоэзиса, развитая чилийскими нейробиологами Ф. Варелой и У. Матураны, показала взаимообусловленность процессов познания и жизни (см.: *Варела Ф., Матурана У. Древо познания* / пер. с англ. Ю. А. Данилова. М.: Прогресс-Традиция, 2001. 224 с.). Являясь, по сути, концептом эволюционной эпистемологии, она оказалась продуктивной при рассмотрении глубинных филогенетических процессов развития индивидуальных биосистем и позволила выявить общее с более сложными, социально детерминированными системами. Человек в процессе филогенеза обрел онтогенетическую — индивидуальную — способность рефлексии, что развило навыки самоуправления, а также социальной адаптивности в коридоре определенных возможностей.

защищен, но ориентируется при этом на свои, понимаемые и эмоционально воспринимаемые нравственные нормы. Во многих случаях их вполне достаточно, чтобы индивидуальное поведение было сбалансировано и человек чувствовал себя в рамках социального пространства достаточно комфортно.

Проблемы часто возникают в той области, где человек стоит перед необходимостью реализовать свои творческие потребности. И особенно остро это происходит в деятельности людей, находящихся, в соответствии с условиями своей профессии, в постоянном поиске, решении сложных задач, анализе проблемных ситуаций. Сфера искусства, где человек хочет высказаться как индивид, является в культуре общества всегда самой креативной, где художник ощущает себя независимым от стандартов жизни общества. Но при этом он хочет быть понятым, принятым и прославляемым — столь зависимым он оказывается от мнения зрителей, публики, критики. Изыскания в области наук, где нужна любовь к анализу и исследованию, также весьма индивидуальны: эти занятия дают человеку определенный опыт самоанализа, понимание сложности рассматриваемой проблемы и развивают личную ответственность за решение поставленной задачи. Ученый более самостоятелен, а точнее устойчив, в своих устремлениях, последователен. И как правило, в его цели просматривается этическая норма, которой он придерживается на основе своего нравственного чувства.

Важно заметить, что этика по отношению к нравственности сама является обобщающей нормой, результатом рефлексии человека о правилах жизни в мире. Можно говорить, что этическая теория в наибольшей мере соразмерена с человеком, поскольку порождена системами общения и регулирует социальные коммуникации, которые не могут осуществляться без человека. Если какого-нибудь индивида исключают из этой социальной орбиты, то он испытывает серьезные переживания и даже страдания. Человеку невозможно развиваться в одиночестве, его нравственное чувство всегда связывает его с другими, он готов сопереживать, помогать, а также наполняется жизненными силами, если его искренне поддерживают.

Наличие развитых этических норм в культуре разных народов говорит о высокой важности этого института регуляции взаимоотношений в социуме. И он не менее значим, если эти отношения дополнились иной практикой. Правовые нормы развились позже и связаны были с тем, что возникла иная система фиксации этих правил. В этом отношении они принципиально различны: этические нормы передаются изустно, в практике культурной традиции, а правовые нормы — письменно и, соответственно, транслируются в записи. Закон — всегда писан. И это немаловажная деталь, поскольку запись требует толкования, а толкования в разных локальных социумах, культурных регионах неизбежно обретают свою интерпретацию.

Этические нормы культурно локальны, а правовые смогли преодолеть границы и получили распространение именно благодаря своему формату, определенному стандарту. Они могли сохраняться с минимальными искажениями и предлагаться как нормативы, практически игнорируя культурные границы, наслаиваясь на этические нормы, перекликаясь с ними в ценностных, гуманитарных смыслах.

Право, существующее в форме определенного документа, можно было принять и отменить, обсудить и дополнить, что подчеркивает динамичность такого свода правил, высокую управляющую силу. Однако это действительно только в грамотном сообществе, где все понимают содержание написанного без посредников и руководствуются нормами добровольно. А для тех, кто не владел языком, излагавшим систему норм, такой свод правил был внешним и выступал как принудительный. По сравнению с правом, этическая норма в отношении человека не может быть внешней: он должен ее личностно принять, согласовав со своим нравственным чувством. В ином случае он теряет свою идентичность, попадет в ложную ситуацию. Одним словом, человек не может обманывать сам себя, разрушительно действовать на свой нравственный опыт. Он способен осознавать все свои сложности и согласовывать интересные для него точки зрения, достигая синергии, определенного баланса, нравственных и культурных принципов, интегрируя их в свою

интеллектуальную и практическую жизнедеятельность.

Исследовательская потребность отличала активных членов общества, которые стремились занять собственную позицию, продемонстрировать собственное видение открытых проблем. Но всегда есть члены социума, которые находят себя, существуя как бы анонимно, не высказывая ни протестов, ни поддержки. Они неплохо знают себя, не интересуются славой, известностью, но становятся своеобразными наблюдателями за жизнью. Как бы углубляясь в себя, они создают другой способ знания, духовного углубления, создающего свои точки опоры и развития. В своей познавательной позиции они часто имеют не меньше свободы, чем те, кто ее провозглашает.

Однако познавательная практика молодых поколений, их активное исследование свойств природы и использование полученных результатов для создания эффективных технических приспособлений для решения прежних задач, например в области мореплавания, создавало новые социальные потенциалы, развитие промышленности и накопление новых знаний, которые необходимо было сохранять и транслировать как наиболее продуктивный социальный опыт. Здесь важно было сохранять не только авторство концептов, открытий и позиций, позволяющее привлечь внимание, но и научиться передавать их как истинное знание, что возможно было сделать только в формализованном виде.

Научное знание появилось как социально значимый феномен в XVII в. в Великобритании в виде формирования определенной системы стандартов, которые были необходимы для решения практических задач. Исследователи, занимавшиеся решением близких задач, договаривались сосредоточиться на способе доказательства истины — эксперименте и зафиксировали это в соответствующем документе, создав фактически основы классической науки. Примерно в тот же период — 22 декабря

1666 г. — возникла и Парижская академия наук, в меньшей степени ориентированная на экспериментальную проверку, но ставшая первым профессиональным — получавшим жалование — научным сообществом³.

Институализация научного знания обострила проблему авторства и, естественно, заложила дух соперничества, соревнования, создав своеобразную динамичную систему связей, которая фактически создала новые условия развития исследований, подтверждения открытий, а также определения их социальной значимости. Нельзя не заметить, что эксперимент стал практически единственным критерием, придававшим исследованиям статус научности, который заложил принципы исследования природы, став стандартом в подходе к научным изысканиям, способствуя развитию способов доказательства, а также проверки полученных результатов на истинность. По замечанию В. С. Степина, «классическая наука полагает, что условием получения истинных знаний об объекте является элиминация при теоретическом объяснении и описании всего, что относится к субъекту»⁴.

Более трех с половиной столетий назад начал складываться первый опыт, выработка принципа оценки и систематизации полученной о знаниях информации, который постепенно, благодаря быстро возрастающему авторитету науки, был распространен предельно широко, практикуя «бессубъектный» подход не только к природе, животному миру, но и к человеку. Такая система взаимоотношений, как мы сегодня видим, насыщена весьма серьезными проблемами. Неизбежным оказывается конфликт: если субъект не элиминируется, то он сразу нарушает стройность теории, превращаясь на практике в «человеческий фактор», который очень часто играет негативную роль в решении многих задач. Иными словами, если бы не человек, то все было бы прекрасно. Приходилось встречать высказывания о возможности использования современных цифровых технологий, программ-

³ 28 ноября 1660 г. на своем очередном собрании 12 ученых-«основателей» составили меморандум, в котором записали свое решение основать Коллегию для развития физико-математического экспериментального знания (см.: <http://do.gendocs.ru/docs/index-179521.html?page=3> (дата обращения: 15.11.2017)).

⁴ Степин В. С. Теоретическое знание (структура, историческая эволюция). М., 2000. С. 712.

ных разработок для автоматизации наладки взаимоотношений в локальном социуме, например в производственном комплексе. Достаточно ярко это представлено в логистике, где жесткая зарегулированность — благо. Правовые механизмы как социальные регуляторы в каком-то смысле могли бы способствовать созданию таких социальных моделей управления, становясь своеобразным приложением к оцифрованным логистическим процессам.

Очевидно, что такие разработки ведут к возникновению безжизненных связей, в которых едва ли возможна абсолютная, стопроцентная эффективность. Приходится делать вывод, что сами авторы, создающие подобные теоретические концепты, фундаментально абстрагированы от субъекта, весьма далеки от понимания сложности, динамичных коммуникативных реальных, в которых действует человек. Такой метод не имеет инструмента, который бы позволил описать нелинейные сетевые коммуникации, включающие в научный контекст целостного человека как сложную саморазвивающуюся систему. Постнеклассический тип рациональности становится все более актуальным и востребованным во всех видах дисциплинарного знания, позволяя более эффективно настраивать взаимоотношения человека в усложняющемся социуме⁵.

АВТОРСКОЕ ПРАВО И СТАНДАРТИЗАЦИЯ ЗНАНИЙ

Современный человек как носитель собственной точки зрения, имеющий личный интерес в решении многих проблем, ориентируется, безусловно, на свою способность свободного поиска на основе полученных знаний, широких профессиональных компетенций. Он развивает свои жизненные потенции, профессиональную компетентность, стремясь быть свободным и внутренне согласованным со своим

нравственным чувством. Поэтому очень высокой ценностью является любимая работа, а не просто зарабатывание хороших денег; счастье в личных отношениях, а не совершение соответствующего обряда в социальных или религиозных институтах; здоровье и любовь детей как к своим родителям, так и к людям. Современное право поддерживает идею авторства и стремится его развивать во всех областях творческой деятельности человека, защищая возможность его последовательного углубления в объект познания. При этом каждый стремится решать задачи, опираясь на науку, поскольку к ней имеется высокий уровень доверия как к методу, основанному на интегрированном опыте человечества. Это особенно важно для научного поиска, основанного на развитии личного интереса человека к проблемам общеприродного и гуманитарно-культурного дискурса, в котором происходит синергичное взаимодействие опытов индивидуального и социального субъектов.

Продукт современного научного поиска принципиально отличается от того, что получал исследователь в XVII в. на основе своих догадок или сформулированных гипотетических утверждений, а также самостоятельно изготовленных приспособлений, инструментов для проведения испытаний. Ученый XXI в. опирается на практически неисчерпаемую базу данных, доступную ему на разных языках, предварительно исследуя результаты труда предшественников. Многие из них требуют дополнительного анализа, верификации, а также культурно-исторического осмысления, осознания не только методов изучения, но и противоречий, развития методологических подходов, теоретического инструментария. Фактически ученый сопрягает свои усилия с опытом прошлых поколений исследователей, следуя правовой и одновременно этической норме сохранения их авторского права, фиксируя это в соответствующих ссылках. Хотя при наличии цифровых технологий копирования

⁵ Рассматривая проблемы развития постнеклассических методологических подходов в науке, автор в 2011 г. выпустил исследование «Человек в современной сетевой парадигме. Опыт синергетического подхода», в котором рассмотрел синергетическое взаимодействие и кооперативный эффект, создаваемый исследовательской деятельностью человека (Ярославцева Е. И. Человек в современной сетевой парадигме : монография. М. : Канон+, РООИ Реабилитация, 2011. 352 с.).

и печати у многих «сообразительных» изыскателей возникает соблазн проигнорировать это требование и предложить, как правило, востребованные на рынке новые воплощения уже созданных научных трудов.

Возникают и иные проблемы, связанные со своеобразной десакрализацией знаний и науки как продукта закрытого сообщества. При насыщенном информационном поле, новом цифровом инструментарии достаточно большое количество исследователей, как правило молодых, формулируют новые подходы, связанные с их опытом жизни, переживаний. Но они не вписываются в структуру имеющихся знаний, не являются продолжением разработок ученых-гигантов, а порождены только лишь желанием решить определенную задачу на основе логико-научных рационализаций, какого-либо научного подхода. В этом случае обнаруживается фундаментальная проблема понимания, а точнее взаимопонимания, профессионалов и начинающих, нахождения общего языка. В этом общении профессионал обычно занимает позицию эксперта, опираясь на собственные критерии, а молодой исследователь, требующий благожелательного взаимодействия и консультативной помощи, не находит поддержки. Даже в самой научной среде, при достаточно разнообразных предметных областях, взаимодействие и взаимопонимание недостаточны, поскольку высока потребность самоутверждения.

В подобном проблемном исследовательском дискурсе не складывается высокой научной продуктивности, но многие из представителей научного сообщества не озабочены этим индивидуальным контекстом общего научного результата, фактически человекоразмерностью исследовательских коммуникаций. Правовая сторона вопроса, а во многих случаях и этическая норма помощи как молодым исследователям, так и коллегам, не осознается как возмож-

ный потенциал эффективности науки. Молодое поколение, привыкшее к получению быстрого результата, не имеет потребности тратить время на освоение непонятных для них и сложившихся в прежних ритмах развития исследовательских стандартов. В такой коммуникации, как правило, сталкиваются не плохое и хорошее, а скоростные режимы обработки информации, находящиеся в разных по динамичности сферах исследования. Это могут быть временные режимы, но важно преодолеть этот период, сохраняя отношения взаимоподдержки, а не взаимокорректировки.

Этичность этих позиций достаточно четко осознается, но она часто проигрывает в противостоянии агрессивным интересам различных групп, подспудным влияниям внеучебных установок, из-за чего на фоне возможностей цифрового прототипирования информации и инструментария могут пострадать значительные области научных междисциплинарных коммуникаций, в которых происходит перестройка понятийных систем, критериев научности, ценностных установок на проведение исследований и экспериментов. Вполне возможно, что для постнеклассической рациональности будут вырабатываться стандарты знания, близкие к морально-нравственным, личностно значимым моделям познания. Они могут эффективно пополнить багаж правовых концептов, интегрирующих в себе комплексный опыт самоуправления социума.

Современная наука уже прошла длительный период развития и сложилась как самостоятельная отрасль знаний, имеющая цели развития, поддержания сложной социальной системы выработки знания⁶. В компетенцию управления наукой входит и развитие потенциала, создание собственного резерва, который заключается в первую очередь в интеллектуальных способностях ученых, успехах молодых исследова-

⁶ Современная наука уже имеет классический, неклассический и постнеклассический форматы описания явлений мира и сопряженных с человеком систем. Изучая разные типы рациональности, академик В. С. Степин в своем исследовании «Теоретическое знание (структура, историческая эволюция)» подошел к пониманию возникновения постнеклассического этапа, когда человек оказывается включенным в целостную картину мира, что в начале века, третьего тысячелетия вызвало активный интерес и много публикаций в разных областях знания (Степин В. С. Указ. соч.).

лей, способных по-новому увидеть современный мир, а также осваивать опыт бережного, неразрушающего исследования, терпеливого наблюдения, самокритичного отношения к собственным изысканиям и внимание к труду старших и младших коллег. Эффективность научного исследования зависит не от искусственного интеллекта и цифровых технологий, а всегда от человеческих отношений в исследовательском сообществе. Заметим, что высокое значение

нравственности отмечал классик этической мысли П. А. Кропоткин, позицию которого отметил профессиональный исследователь этико-правовой мысли В. М. Артемов, подчеркнув, что «нравственность для Кропоткина “спасательный круг”»⁷, которая, как можно полагать, в трудных случаях перехода к новым измерениям реальности сможет собрать ответственное, осознающее себя научное сообщество в круг взаимоподдержки.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Артемов В. М. Взаимопомощь как приоритетная ценность в этике Кропоткина: опыт актуальной реконструкции // Lex Russica. — 2014. — № 6. — С. 655—665.
2. Варела Ф., Матурана У. Древо познания / перевод с англ. : Ю. А. Данилов. — М. : Прогресс-Традиция, 2001. — 224 с.
3. Петров М. К. История европейской культурной традиции и ее проблемы. — М., 2004.
4. Петров М. К. Социально-культурные основания развития современной науки. — М., 1992.
5. Поршнев Б. Ф. Контрсуггестия и история (Элементарное социально-психологическое явление и его трансформация в развитии человечества) // История и психология. — М., 1971.
6. Поршнев Б. Ф. О начале человеческой истории (проблемы палеопсихологии). — М. : Академический Проект; Трикста, 2013.
7. Степин В. С. Теоретическое знание (структура, историческая эволюция). — М., 2000.
8. Ярославцева Е. И. Человек в современной сетевой парадигме : монография. — М. : Канон+, РООИ «Реабилитация», 2011. — 352 с.

Материал поступил в редакцию 16 апреля 2018 г.

RESEARCH ETHICS: AUTHOR'S FREEDOM AND UNIFICATION

YAROSLAVTSEVA Elena Ivanovna, PhD in Philosophy, Senior Researcher of the Institute of Philosophy of the Russian Academy of Sciences
yarela15@mail.ru
109240, Russia, Moscow, ul. Goncharnaya, d. 12/1

Abstract. Contemporary problems of the science development combine very acute issues — human freedom as a moral value and the need to create common principles of understanding and interaction, a certain standardization that allows disseminating of knowledge and conducting joint research.

Standardization of diverse information flows, especially in modern conditions of global communications, is focused on the development of unambiguous and, therefore, quite rigid systems of description of research activities. However, when individual and collective formats of interaction come into contact, there is a risk of losing important for human life and philosophy of life qualitative characteristics of knowledge, which is especially important for

⁷ Артемов В. М. Взаимопомощь как приоритетная ценность в этике Кропоткина: опыт актуальной реконструкции // Lex Russica. 2014. № 6. С. 658.

the effectiveness of scientific research. This problem is quite evident in the humanities, in particular in the field of ethics and law.

Keywords: *ethics, character, law, standard, scientific criteria, postnonclassical approach, human-sizedness.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Artemov V. M. Vzaimopomoshch' kak prioritetnaya tsennost' v etike Kropotkina: opyt aktual'noy rekonstruktsii // Lex Russica. — 2014. — № 6. — S. 655—665.
2. Varela F., Maturana U. Drevo poznaniya / perevod s angl. Yu. A. Danilov. — M. : Progress-Traditsiya, 2001. — 224 s.
3. Petrov M. K. Istoriya evropeyskoy kul'turnoy traditsii i ee problemy. — M., 2004.
4. Petrov M. K. Sotsial'no-kul'turnye osnovaniya razvitiya sovremennoy nauki. — M., 1992.
5. Porshnev B. F. Kontrsuggestiya i istoriya (Elementarnoe sotsial'no-psikhologicheskoe yavlenie i ego transformatsiya v razvitii chelovechestva) // Istoriya i psikhologiya. — M., 1971.
6. Porshnev B. F. O nachale chelovecheskoy istorii (problemy paleopsikhologii). — M. : Akademicheskii Proekt; Triksa, 2013.
7. Stepin V. S. Teoreticheskoe znanie (struktura, istoricheskaya evolyutsiya). — M., 2000.
8. Yaroslavtseva E. I. Chelovek v sovremennoy setevoy paradigme : monografiya. — M. : Kanon+, ROOI «Reabilitatsiya», 2011. — 352 s.

БАНКОВСКАЯ СИСТЕМА И БАНКОВСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Е. Г. Колесникова*

Обеспечительная сделка «кредитный дефолтный своп»: риск переквалификации в договор поручительства

Аннотация. В статье рассматриваются две актуальные ситуации, когда российский банк (далее — банк) является: 1) провайдером; 2) получателем кредитной защиты по внебиржевой деривативной сделке «кредитный дефолтный своп» (CDS), носящей обеспечительный характер и подчиненной российскому или английскому праву. Подчеркивается, что в этих ситуациях российские суды и налоговые органы могут осуществить нежелательную для банка переквалификацию сделки CDS в договор поручительства. Дается описание возможных негативных для банка последствий реализации этого риска: 1) привлечение банка к ответственности за незаконное уменьшение налоговой базы по налогу на прибыль на сумму выплаченной им кредитной защиты по CDS; 2) отказ российского суда в удовлетворении требования банка, получившего сумму кредитной защиты по CDS, о взыскании с контрольного лица суммы долга по основному обязательству перед банком в размере уже полученной банком суммы кредитной защиты. Делается вывод о том, что для оформления сделок, обеспечивающих надлежащее исполнение обязательств контрольного лица перед получателем кредитной защиты, стоит использовать договор поручительства или Стандартные условия CDS, включив в них оговорку, что такие сделки не являются производными финансовыми инструментами.

Ключевые слова: кредитный дефолтный своп, ПФИ, договор поручительства, переквалификация, последствия, кредитная деривативная сделка.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.070-075

Риск нежелательной для банка переквалификации сделки «кредитный дефолтный своп» (CDS) в договор поручительства применим к сделкам CDS, носящим обеспечительный характер. Последний предполагает, что условия CDS предусматривают обязательство третьего лица (провайдера кредитной защиты)

выплатить в пользу кредитора (получателя кредитной защиты) сумму долга должника (контрольного лица) перед таким кредитором (сумму кредитной защиты) в случае, если должник самостоятельно не погасил этот долг (далее — кредитное событие и основное обязательство). Таким образом, обеспечительная сделка CDS

© Колесникова Е. Г., 2019

* Колесникова Евгения Геворковна, главный юристконсульт отдела правового сопровождения специализированной деятельности на финансовых рынках ПАО Сбербанк
EGKolesnikova1@sberbank.ru
117997, Россия, г. Москва, ул. Вавилова, д. 19

в качестве сторон включает провайдера и получателя кредитной защиты, а стороной основного обязательства при этом является получатель кредитной защиты — непосредственный владелец кредитного риска контрольного лица.

В случае, когда банк, будучи провайдером кредитной защиты по CDS, выплатив сумму кредитной защиты, уменьшил свою налоговую базу по налогу на прибыль на такую сумму, банк может быть привлечен к ответственности за незаконное уменьшение налоговой базы по налогу на прибыль на сумму кредитной защиты. Основанием для этого может выступить переквалификация налоговым органом CDS в договор поручительства и в результате этого признание отсутствия у банка расходов (убытков) на такую сумму ввиду презюмирования налоговым органом наличия у банка нереализованного им права требовать с контрольного лица в порядке регресса компенсации выплаченной банком суммы кредитной защиты.

Выявление российскими налоговыми органами случаев учета операций не в соответствии с их действительным экономическим смыслом направлено на установление фактов нарушения положений налогового законодательства.

Согласно п. 77 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹, при установлении в ходе налоговой проверки факта занижения налоговой базы вследствие неправильной юридической квалификации налогоплательщиком совершенных сделок и оценки налоговых последствий их исполнения налоговый орган, руководствуясь пп. 3 п. 2 ст. 45 НК РФ, вправе самостоятельно осуществить изменение юридической квалификации сделок, статуса и характера деятельности налогоплательщика и обратиться в суд с требованием о взыскании доначисленных налогов.

Видится, что для проверки правильности квалификации банком сделки CDS в качестве дел-

ки «кредитный дефолтный своп» российские налоговые органы должны будут установить, что стороны сделки при ее заключении имели в виду именно сделку «кредитный дефолтный своп», а не договор поручительства.

Сама по себе возможность заключения обеспечительных сделок CDS на основании Стандартных условий CDS никогда не отрицалась, но это автоматически не означает их правовую квалификацию в качестве разновидности производных финансовых инструментов (ПФИ), то есть как сделок «кредитный дефолтный своп». Кроме того, при необходимости подчинения обеспечительных сделок CDS Стандартным условиям CDS (например, это может быть нужно, когда провайдер и получатель кредитной защиты стремятся: обеспечить соответствие сделок между ними стандартным рыночным условиям, стимулируя таким образом оборот прав по этим сделкам на рынке; оптимизировать время на согласование условий сделок, подчиняя их не только Стандартным условиям CDS, но и единым (генеральным) договорам (далее — Генеральные соглашения RISDA²/ISDA³), которые, как известно, могут объединить множество сделок одновременно) не запрещено изменять эти стандартные условия по соглашению сторон, указав, что обеспечительные сделки CDS для целей этого соглашения не являются ПФИ.

При рассмотрении обеспечительной сделки CDS, подчиненной английскому праву, налоговые органы будут руководствоваться правилами ст. 1187 ГК РФ, которые предусматривают необходимость установления ее правовой квалификации по такому праву.

В этой связи стоит отметить, что на данный момент известно о существовании юридического заключения английского барристера Робина Поттса, которое было подготовлено в 1997 г. в адрес Международной ассоциации свопов и деривативов, в нем выражено мнение о том, что сделки, заключенные на основании ISDA Credit Derivatives Definitions по английскому пра-

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

² Примерные условия договора о срочных сделках на финансовых рынках (для сделок по российскому праву).

³ ISDA Master Agreement (для сделок по английскому праву).

ву, преследующие исключительно цель обеспечения надлежащего исполнения обязательств контрольного лица перед получателем кредитной защиты, с точки зрения английского права являются нехарактерными для деривативных сделок и наиболее близки по своей правовой природе к договорам поручительства по английскому праву, чем к спекулятивным в своей сущности кредитным ПФИ, также предусмотренным английским правом, в первую очередь для удобства оформления которых и были подготовлены ISDA Credit Derivatives Definitions⁴. Аналогичные тезисы находят подтверждение в докладе Нью-Йоркской ассоциации адвокатов о кредитных дефолтных свопах от 9 сентября 2005 г.⁵

Классическая деривативная сделка CDS как по английскому, так и по российскому праву закрепляет собой своеобразный спор провайдера и получателя кредитной защиты в отношении наступления или ненаступления определенного события, связанного с неким третьим (контрольным) лицом, и предполагает, что в случае его наступления провайдер кредитной защиты выплатит определенную денежную сумму в пользу получателя кредитной защиты. При этом совсем необязательно (и в большинстве случаев это именно так), что получатель кредитной защиты как-то связан с таким событием и обладает какими-либо правами требования к контрольному

лицу в связи с ним (то есть, к примеру, получатель кредитной защиты не является кредитором контрольного лица).

Поэтому применительно к классическим сделкам CDS неуместны вопросы о возникновении регрессных прав требования провайдера кредитной защиты к контрольному лицу, а также о существовании у получателя кредитной защиты права требовать от контрольного лица исполнения обязательства, стороной которого получатель не является (то есть здесь такие права не существуют). Более того, уже на протяжении порядка 20 лет в практике мировых рынков ценных бумаг развивается такой инвестиционный продукт, как кредитные ноты (credit-linked notes).

Простыми словами их можно описать как классические сделки CDS, удостоверенные сертификатами (обычно такие сертификаты выпускаются по иностранному праву и именуются кредитными нотами, а наиболее близким аналогом таких иностранных финансовых инструментов в российском праве является новый вид ценной бумаги — структурная облигация — ценная бумага, которая не предусматривает гарантированного возврата владельцу ее номинальной стоимости⁶).

Будучи удостоверенными сертификатами, эти инструменты удобны для провайдеров кредитной защиты, поскольку их привлекают возмож-

⁴ См.: *Kimball-Stanley A.* Insurance and credit default swaps: should like things be treated alike? // URL: <http://insurancejournal.org/wp-content/uploads/2011/07/72.pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.). См. также: *Pollack E. R* Assessing the Usage and Effect of Credit Derivatives // Harvard Law School International Finance Seminar. Professors H. Jackson and H. Scott. April 28, 2003. URL: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.202.2139&rep=rep1&type=pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.); *Hock Beng Lee.* The English courts' view of financial derivatives // Faculty of Law, Victoria University of Wellington, Laws 524, 2016. URL: http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/6325/paper_access.pdf?sequence=2 (дата обращения: 20 апреля 2018 г.); *Ng L.* Credit default swaps, guarantees and insurance policies: same effect, different treatment? // URL: https://www.sidley.com/~media/files/publications/2010/12/credit-default-swaps-guarantees-and-insurance-po_/files/view-article/fileattachment/jnl-of-intl-banking-and-finance-law-jibfl-l-ng-a_.pdf (дата обращения: 20 апреля 2018 г.); *Swartz L. Z.* ABCs of cross-border derivatives. 2015 // URL: <https://www.cadwalader.com/uploads/books/522ffdb4ea0638055e838551bea93700.pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).

⁵ New York State Bar Association. Tax Section. Report on Credit Default Swaps. September 9, 2005 // URL: https://www.nysba.org/Sections/Tax/Tax_Section_Reports/Tax_Reports_2005/1095_Report_pdf.html (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).

⁶ Госдума приняла закон о структурных облигациях // URL: <http://tass.ru/ekonomika/5077610> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).

ности получения дополнительной доходности благодаря использованию свойства высокой оборотоспособности таких инструментов (например, они могут быть предметом сделок репо провайдеров кредитной защиты, задействованы в качестве базисных активов деривативных сделок провайдеров кредитной защиты)⁷, при этом их эмитенты (получатели кредитной защиты), как правило, даже не располагают информацией о том, какое лицо в каждый момент времени является провайдером кредитной защиты (то есть о том, кто именно владеет кредитной нотой), поскольку реестр владельцев кредитных нот и сделок с этими кредитными нотами ведут сторонние лица — депозитарные клиринговые системы.

Применение Стандартных условий CDS вместо договора поручительства в целях документирования обеспечительных сделок CDS создает базу для злоупотреблений сторон CDS в том смысле, что в результате этого налоговые органы и суды могут прийти к выводу, что стороны такого обеспечительного CDS вправе предъявить к контрольному лицу требование об уплате одной и той же суммы, и в итоге контрольное лицо будет вынуждено ответить по своему обязательству в двойном размере, что было бы исключено в случае поручительства

(это утверждение основано на норме п. 2 ст. 366 ГК РФ).

Таким образом, из-за несоответствия обеспечительной сделки CDS экономическому смыслу сделки «кредитный дефолтный своп» и установления российским налоговым органом того факта, что стороны на самом деле имели в виду договор поручительства, в результате чего произошло незаконное занижение провайдером кредитной защиты налоговой базы по налогу на прибыль, за провайдером кредитной защиты будет признано нарушение налогового законодательства.

В случае, когда банк, будучи получателем кредитной защиты, получив сумму кредитной защиты, также обращается в российский суд с требованием к контрольному лицу о погашении долга по основному обязательству на ту же сумму или с требованием об исполнении иностранного арбитражного решения, вынесенного в отношении такого требования в пользу банка, суд может отказать в удовлетворении этих требований⁸, перекалфицировав CDS в договор поручительства и указав затем на их противоречие публичному порядку Российской Федерации. Последний, как было отмечено выше, защищает должника по обеспеченному поручительством обязательству от привлечения его к двойной ответственности на одну и ту

⁷ Согласно разделу «Валютный и фондовый рынки» информационно-аналитического материала Банка России «Ликвидность банковского сектора и финансовые рынки: факты, оценки, комментарии» № 25 по состоянию на 30.03.2018, размещенного на официальном сайте Банка России (URL: http://www.cbr.ru/Collection/Collection/File/5907/LB_2018-25.pdf (дата обращения: 20 апреля 2018 г.)):

- 1) в марте ситуация на глобальных финансовых рынках развивалась не в пользу стран с формирующимся рынком, к числу которых относится Россия;
- 2) ужесточение денежно-кредитной политики в США, возросшая вероятность обострения «торговых войн» и сохраняющаяся волатильность на мировых фондовых рынках заметно снизили спрос инвесторов на рисковые активы;
- 3) о снижении спроса на рисковые активы свидетельствует расширение CDS-спреда по большинству стран с формирующимися рынками;
- 4) российский CDS-спред в течение месяца вырос на 17 б.п. и, помимо указанных факторов, некоторый вклад в это мог внести рост геополитической напряженности;
- 5) последний раз сопоставимое расширение спреда наблюдалось в июне 2017 г.

⁸ Согласно пп. «b» п. 2 статьи V Конвенции Организации Объединенных Наций «О признании и исполнении иностранных арбитражных решений» 1958 г., в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что признание и исполнение этого решения противоречит публичному порядку этой страны.

же сумму (перед кредитором и поручителем). Можно утверждать, что такое ограничение корреспондирует публичному порядку Российской Федерации и отражает приверженность принципу равноправия сторон гражданских правоотношений, закрепленному в ст. 1 ГК РФ.

С учетом вышеизложенного можно прийти к выводу о том, что банкам при необходимости снижения своих кредитных рисков путем получения от третьих лиц обеспечения надлежащего исполнения обязательств своих должников перед собой, а также при необходимости получения прибыли от предоставления своим контрагентам кредитной защиты от случаев ненадлежащего исполнения обязательств должников перед такими контрагентами стоит применять

либо договор поручительства, либо Стандартные условия CDS, включив в них оговорку, что такие обеспечительные сделки CDS не являются ПФИ.

В случае выбора второго из этих вариантов банкам, являющимся получателями кредитной защиты по обеспечительной сделке CDS, заключенной на основании Генерального соглашения RISDA, следует учитывать, что они не смогут включить в ликвидационный неттинг обязательств по такому Генеральному соглашению RISDA неисполненные обязательства провайдера кредитной защиты, признанного банкротом в соответствии с законодательством Российской Федерации (однако банки при этом сохраняют право включить такие свои требования в конкурсную массу в общем порядке).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Hock Beng Lee*. The English courts' view of financial derivatives // Faculty of Law, Victoria University of Wellington, Laws 524, 2016. URL: http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/6325/paper_access.pdf?sequence=2 (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).
2. *Kimball-Stanley A.* Insurance and credit default swaps: should like things be treated alike? // URL: <http://insurancejournal.org/wp-content/uploads/2011/07/72.pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).
3. *Ng L.* Credit default swaps, guarantees and insurance policies: same effect, different treatment? // URL: https://www.sidley.com/~media/files/publications/2010/12/credit-default-swaps-guarantees-and-insurance-po___files/view-article/fileattachment/jnl-of-intl-banking-and-finance-law-jibfl-l-ng-a___pdf (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).
4. *Pollack E. R* Assessing the Usage and Effect of Credit Derivatives // Harvard Law School International Finance Seminar. Professors H. Jackson and H. Scott. April 28, 2003. URL: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.202.2139&rep=rep1&type=pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).
5. *Swartz L. Z.* ABCs of cross-border derivatives. 2015 // URL: <https://www.cadwalader.com/uploads/books/522ffdb4ea0638055e838551bea93700.pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).

Материал поступил в редакцию 23 апреля 2018 г.

A "CREDIT DEFAULT SWAP" SECURED TRANSACTION: THE RISK OF ITS RECHARACTERIZATION INTO A SURETYSHIP AGREEMENT

KOLESNIKOVA Evgeniya Gevorkovna, Chief Legal Counsel of the Department of Legal Support of Specialized Activities in the Financial Markets of PJSC Sberbank
EGKolesnikova1@sberbank.ru
117997, Russia, Moscow, ul. Vavilova, d. 19

Abstract. The article deals with two current situations when the Russian Bank (hereinafter — the Bank) is: 1) a provider; 2) a recipient of credit protection under an OTC derivative transaction "credit default swap" (hereinafter —

CDS) that has the nature of security and is subject to both Russian or English law. It is emphasized that in these situations, Russian courts and tax authorities may carry out undesirable for the Bank reclassification of CDS transaction into the contract of guarantee. The paper provides for the description of consequences that may occur if the Bank implements that risk: 1) the Bank may be held responsible for illegal reduction of the tax base on income tax in the amount of credit protection paid by it on CDS; 2) a Russian court may refuse to satisfy the Bank's claim to recover from the controlling person the amount of the debt on the principal obligation to the Bank in the amount of credit protection already received by the Bank provided that the Bank has received the amount of credit protection on CDS. It is concluded that in order to execute transactions that ensure proper fulfillment of the obligations of the controlling person to the recipient of credit protection, it is necessary to use a surety agreement or standard CDS terms and conditions, including a clause that such transactions are not derivative financial instruments.

Keywords: credit default swap, derivative, contract of guarantee, reclassification, consequences of the credit derivative transaction.

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

А. С. Старовойтова*

Признание права как способ защиты обязательственных прав

Аннотация. В статье обосновывается вывод о том, что признание права является универсальным способом защиты гражданских прав. Такой способ защиты применяется и в отношении обязательственных прав. В статье раскрывается практическое применение признания права как способа защиты обязательственных прав. Сделан вывод, что требование о признании договора заключенным представляет собой иск о признании обязательственного правоотношения. Проанализированы сходные с признанием обязательственных прав конструкции и аргументирован вывод о том, что такие требования не являются исками о признании, а представляют собой иски о присуждении. Иски о признании обязательственных прав рекомендуется разделять на позитивные и негативные. Особое внимание уделено правовой конструкции иска о признании обязательственных прав. В частности, рассмотрены вопросы о предмете иска, его субъектах, об условиях предъявления и удовлетворения требования. Иск о признании обязательственного права по своему предмету следует квалифицировать как требование о подтверждении правоотношения.

Ключевые слова: признание права, способы защиты прав, иск о признании, защита обязательственных прав, условия предъявления иска, условия удовлетворения иска, спор о праве.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.076-084

В статье 12 Гражданского кодекса РФ установлены основные способы защиты гражданских прав. Указанный перечень включает в себя двенадцать способов защиты, в том числе и признание права. Но возможно ли применение иска о признании права в отношении обязательственных прав? Стоит признать, что по итогам реформы обязательственного права ответ на вышеуказанный вопрос не получен, а в случае положительного ответа на него остаются непроработанными дискуссионные вопросы

цивилистики о правовой квалификации и особенностях применения требования о признании обязательственных прав.

Полагаем, что признание права является универсальным способом защиты гражданских прав. Подобной логики придерживаются такие ученые, как Л. Ю. Василевская, С. А. Кузнецов, Л. В. Кузнецова, Д. Н. Латыпов, они сходятся во мнении, что признание права как способ защиты можно применять и в отношении обязательственных прав¹. Вместе с тем в доктри-

© Старовойтова А. С., 2019

* Старовойтова Анна Сергеевна, соискатель кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
annastar2@rambler.ru
143003, Россия, Московская область, г. Одинцово, б-р Л. Новоселовой, д. 2а

не высказаны разные точки зрения по поводу практической значимости, целесообразности и эффективности применения признания права как способа защиты обязательственных прав.

На наш взгляд, ясное представление об иске о признании возможно получить через сопоставление такого иска с иском о присуждении. Судебное решение по иску о присуждении, отмечает профессор Джозеф Унгер (Joseph Unger), состоит из двух частей. Одна подтверждает спорное правоотношение, другая заключает приказ². Отличительной чертой решения по иску о признании является то, что оно ограничивается лишь первой частью и не возлагает на ответчика обязанностей по исполнению спорного правоотношения. Возникает вопрос: какое же значение имеет судебное решение по иску о признании обязательственных прав, если его смысл заключается в одном судебном подтверждении таких прав?

Так, Л. В. Кузнецова полагает, что установление факта существования обязательственного правоотношения не может рассматриваться как самостоятельный способ защиты³. Л. Ю. Василевская отмечает, что обязательственное субъективное право не предполагает совершения лицом собственных действий, а потому в дальнейшем требует от управомоченного лица применения иных способов защиты, следовательно, иск о признании права используется только для защиты субъективных гражданских прав, содер-

жание которых включает правомочия субъекта права на совершение собственных действий⁴.

Иными словами, авторы придерживаются той позиции, что для защиты обязательственных прав применимы только иски о присуждении. Право на исполнение и выступает предметом иска о присуждении, что отличает его от иска о признании.

Согласимся с В. М. Гордоном, который полагает, что иск о признании по своему предмету может быть квалифицирован как *иск о судебном подтверждении правоотношения*⁵. Так, рассматривая требование о признании обязательственного права, суд лишь подтверждает наличие обязательственного правоотношения, т.е. юридической связи между истцом и ответчиком, «являющейся источником целого ряда притязаний одной стороны к другой»⁶, но вовсе не касается ни одного из них. В рамках дела по иску о признании суд не рассматривает вопросы исполнения отдельных обязанностей, входящих в содержание обязательства.

Таким образом, представляется правильным признание права как способ защиты обязательственных прав определить как иск о признании обязательственного правоотношения. Интересным является тот факт, что в германском законодательстве существует иск об установлении правоотношения (ст. 256 ГПК ФРГ)⁷. Л. Ю. Василевская отмечает, что в основе таких исков отсутствует правовое требование истца, предъ-

¹ См.: Кузнецов С. А. О защите прав по обязательствам путем их признания // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2014. № 7 ; Кузнецова Л. В. Некоторые вопросы признания права как способа защиты гражданских прав // Право и экономика. 2004. № 11. С. 20—25 ; Василевская Л. Ю. Иск о признании права: проблемы определения и толкования // Судья. 2011. № 6. С. 17—22 ; Латыпов Д. Н. Особенности признания права как способа защиты гражданских прав // Журнал российского права. 2013. № 9. С. 60—71.

² Цит. по: Гордон В. М. Иски о признании. Ярославль, 1906. С. 6.

³ См.: Кузнецова Л. В. Указ. соч. С. 20—25.

⁴ См.: Василевская Л. Ю. Иск о признании права: проблемы определения и толкования. С. 17—22 ; Василевская Л. Ю. Иск о признании права: проблемы юридической квалификации // Право и бизнес : сборник статей I ежегодной Международной научно-практической конференции, приуроченной к 80-летию со дня рождения профессора В. С. Мартемьянова. М., 2012. С. 76—79.

⁵ См.: Гордон В. М. Указ. соч. С. 45.

⁶ См.: Гордон В. М. Указ. соч. С. 42.

⁷ Гражданское процессуальное уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому процессуальному уложению / пер. с нем. 2-е изд., перераб. М. : Инфотропик Медиа, 2016. С. 85.

явленное против ответчика. Эти иски не являются требованием о принуждении ответчика к выполнению определенных действий, а также направлены на установление существования или отсутствия соответствующего правоотношения⁸. На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что иск о признании права, допускаемый ГК РФ, и иск об установлении правоотношения, закрепленный в ГПК ФРГ, являются сходными юридическими конструкциями. Поэтому использование германского опыта в определении правовой характеристики иска о признании обязательственных правоотношений может рассматриваться логичным.

В литературе⁹ утверждается, что возможность применения признания обязательственных прав (правоотношений) как способа защиты подтверждается судебной-арбитражной практикой. В качестве примеров приводятся судебные постановления, в которых рассматривались дела с исковыми требованиями о признании права на получение доли в объекте долевого строительства или определенной части объекта, о признании права требования суммы основного долга¹⁰ и т.п. Однако возникают вопросы: какой характер носят вышеизложенные требования и могут ли они быть квалифицированы как иски о признании права?

Так, например, арбитражный суд признал за истцом право дольщика-инвестора на получение жилой площади, поскольку пришел к выводу, что между истцом и ответчиком был заключен договор о долевом участии в строительстве и истец выполнил свои договорные обязательства¹¹. Но, на наш взгляд, обращение за защитой в данном случае — это, по существу, не требование о признании обязательственных

правоотношений (иск о признании), а требование о присуждении к исполнению обязанности в натуре (иск о присуждении). В литературе¹² в качестве общего условия применения признания права выделяют наличие юридического интереса к судебному подтверждению правоотношения. Очевидно, что в приведенном примере действительный интерес истца состоял не в подтверждении правоотношения (констатации действительности и заключенности договора), а в получении в собственность жилой площади, т.е. в исполнении обязательства. Требование о признании обязательственного права в данном случае не обеспечивает его эффективной защиты, поскольку в рамках дела по иску о признании суд только подтверждает наличие правоотношения и не возлагает на ответчика обязанностей по исполнению обязательства. Поэтому можно согласиться с мнением Л. Ю. Василевской и Л. В. Кузнецовой в том, что судебное подтверждение существования субъективного обязательственного права (права требования из обязательства) не имеет практического значения, так как не создает для управомоченного лица никаких позитивных правовых последствий.

Аналогичный вывод можно сделать и в отношении иска о признании права требования долга. Такие требования также следует квалифицировать как иски о присуждении. На наш взгляд, подобные примеры применения признания права как способа защиты в отношении обязательственных прав могут привести к искаженному представлению об иске о признании права.

Думается, что в указанных случаях необходимо заявлять именно иск о присуждении (иски о присуждении к исполнению обязанности в на-

⁸ См.: Василевская Л. Ю. Иск о признании права: проблемы определения и толкования С. 17—22.

⁹ См.: Кузнецова Л. В. Указ. соч. С. 20—25; Латыпов Д. Н. Указ. соч. С. 60—71.

¹⁰ См.: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 февраля 2004 г. № 76 // СПС «ГАРАНТ»; постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 10 апреля 2002 г. по делу № КГ-А40/691-02 // СПС «ГАРАНТ».

¹¹ См.: постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 27 декабря 2002 г. по делу № А56-13630/02 // СПС «ГАРАНТ».

¹² См.: Гордон В. М. Указ. соч. С. 282.

туре, возмещении убытков, взыскании неустойки и т.д.), но не иск о признании.

Вместе с тем полагаем, что применение признания права для защиты обязательственных прав не ограничивается вышеизложенными примерами.

В судебно-арбитражной практике нередко встречаются случаи признания договоров заключенными¹³. Полагаем, что требование о признании договора заключенным в действительности представляет собой иск о признании обязательственного правоотношения. Как отмечает В. В. Витрянский, «когда речь идет о признании договора заключенным (незаключенным), оценке подлежит само правоотношение (договорное обязательство) с точки зрения достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям договорного обязательства и облечения его в форму, предусмотренную законодательством»¹⁴. Так, вопрос о признании договора заключенным затрагивает такую сторону договора, как «договор-правоотношение». Существование такого правоотношения и требуется подтвердить. Видится, что основанием для возникновения юридического интереса к такому подтверждению служит неизвестность существования правоотношения, неопределенность в правовом положении истца. Как отмечает В. М. Гордон, такая неизвестность и есть тот недостаток, для устранения которого представляется необходимость судебного подтверждения. Правовая неопределенность относительно существования договорного обязательства может «влиять на правовое положение лица, стесняя его в возможности пользоваться этим положением»¹⁵, и привести к невозможности совершения его сторонами собственных действий, о чем могут свидетельствовать следующие примеры.

В реальном имущественном обороте используются более сложные конструкции обязательств, нежели их простейшие модели, в которых одно лицо обязано совершить определенные действия, а другое лицо вправе требовать исполнения обязанности от должника. Практически все договорные конструкции обязательства в сфере предпринимательства построены по принципу двустороннего обязательства¹⁶. Так, каждая из сторон имеет как права, так и обязанности. Поэтому представляется затруднительным совершать собственные действия по исполнению обязательства в отсутствие четкого понимания о его существовании. Также известно, что ГК РФ установлены меры оперативного воздействия, которые предназначены для защиты относительных имущественных гражданских прав. Такие меры применяются к нарушителю гражданских прав непосредственно управомоченным лицом как стороной в относительном правоотношении (кредитором) в тех случаях, когда обязанная сторона допустила нарушение. Приведем некоторые из них: исполнение обязательств за счет должника (ст. 397 ГК РФ), удержание (ст. 359 ГК РФ) и т.д. Каким образом кредитор может реализовать свое право на применение указанных мер, если существует неопределенность относительно наличия основания для этого ввиду того, что имеются разногласия по поводу заключенности договора?

С подобными ограничениями в совершении собственных действий может также столкнуться кредитор договорного обязательства, существование которого отрицается должником, в случае если он намерен передать в залог свое право требования из такого обязательства. Речь идет о залоге обязательственных прав (ст. 358.1—358.8 ГК РФ).

¹³ См., например: определение Верховного Суда РФ от 3 декабря 2015 г. по делу № 306-ЭС15-15197 // СПС «ГАРАНТ».

¹⁴ Витрянский В. В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М. : Статут, 2017.

¹⁵ Гордон В. М. Указ. соч. С. 204.

¹⁶ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: общие положения. 3-е изд., стер. М. : Статут, 2008. С. 782.

В качестве другого примера может служить ситуация, в которой обладатель права требования из обязательства, наличие которого также не признается должником, планирует совершить сделку по уступке такого права. Возникает аналогичный вопрос о возможности совершения такой уступки права. Во-первых, для совершения указанных сделок необходимо ясное понимание того, что обязательство существует. А во-вторых, следует иметь четкое представление о его содержании. В таких случаях представляется логичным обратиться за судебной защитой с иском о подтверждении обязательственного правоотношения. Приведем еще один пример: арендатору необходимо подтвердить свой титул на вещь для использования вещно-правовых способов защиты его прав по владению и пользованию такой вещью от нарушений со стороны третьего лица. Договор аренды надлежащим образом не оформлен, а при этом фактически сложились арендные правоотношения. В то же время арендодатель не возражает по поводу владения и пользования вещью арендатором, однако от оформления договора аренды уклоняется. Так, для арендатора существует только один выход — обратиться за судебным подтверждением юридического факта сложившихся арендных правоотношений.

Думается, на основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что применение иска о признании обязательственных правоотношений является не только целесообразным, но и необходимым.

В. М. Гордон отмечает, что подтверждение правоотношения может быть выражено в двоякой форме. Подтверждению может подлежать существование (позитивный иск) или несуществование (негативный иск) правоотношения. Как по одному, так и по другому иску перед судом возникает один и тот же вопрос: суще-

ствует ли правоотношение, о котором заявляет истец¹⁷? Так и в ст. 256 ГПК ФРГ законодатель допускает предъявление иска не только об установлении наличия правоотношения, но и об его отсутствии. Судебная практика дает немало примеров признания договоров незаключенными. Полагаем, что требование о признании договора незаключенным может быть квалифицировано как негативный иск о признании обязательственного правоотношения. В пользу вышеизложенного может свидетельствовать позиция Высшего Арбитражного Суда РФ: требование о признании договора незаключенным по своей сути направлено на констатацию отсутствия между сторонами правоотношения из договора¹⁸.

Вместе с тем стоит отметить, что необходимо различать требование о признании договора незаключенным, которое представляет собой негативный иск о признании обязательственного правоотношения, и требование о признании договора недействительной сделкой, которое таковым не является. Указанные требования представляют собой разные по своей природе способы защиты прав. Известно, что в доктрине признается многоаспектный характер категории «договор». Под договором может пониматься как основание возникновения договорного обязательства (договор-сделка), так и само правоотношение — договорное обязательство (договор-правоотношение).

Очевидно, что когда речь идет о признании договора недействительной сделкой, то выясняется вопрос о том, является ли договор тем юридическим фактом, который способен породить обязательство. Иными словами, исследуется вопрос об условиях действительности договора как сделки. Как уже отмечалось выше, в рамках дел по требованию о признании обязательственного правоотношения суд оценивает

¹⁷ См.: Гордон В. М. Указ. соч. С. 46—47.

¹⁸ См.: информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 2014 г. № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2014. № 4.

договор как правоотношение: достигнуто ли соглашение по всем существенным условиям и обременен ли он в форму, предусмотренную законом. В то же время согласимся с В. В. Витрянским в том, что «вопрос о признании договора незаключенным может рассматриваться лишь в отношении договора, признаваемого действительной сделкой»¹⁹. Следовательно, для того чтобы избрать надлежащий способ защиты, необходимо прежде всего определить характер предъявляемых требований.

Учитывая вышеизложенное, представляется возможным иск о признании обязательственного права определить следующим образом: это требование, предъявляемое в целях устранения неопределенности в материально-правовом положении истца о подтверждении наличия или отсутствия обязательственного правоотношения, когда между истцом и ответчиком существуют разногласия или противоречия по поводу его существования. Предметом иска о признании обязательственного правоотношения является подтверждение наличия или отсутствия такого правоотношения, но не конкретного субъективного обязательственного права (права требования). Если предметом иска о подтверждении является право требования, то предъявляться должен иск о присуждении, но не иск о признании. Основанием иска о признании обязательственного права является юридический факт, с которым закон связывает возникновение обязательственного правоотношения. Правом на предъявление указанного иска обладает лицо, имеющее юридический интерес в подтверждении или опровержении существования обязательственного правоотношения, стороной которого он является.

В. М. Гордон отмечает, что процесс по иску о признании обязательственного правоотношения допустим лишь между теми лицами, которые могли бы иметь спор об исполнении, обусловленный наличием такого правоотно-

шения²⁰. Так, ответчиком по позитивному иску является лицо, которое, как заявляет истец, состоит с ним в обязательственном правоотношении. Применительно к негативному иску ответчиком является лицо, юридическую связь с которым истец отрицает.

Каковы условия предъявления и удовлетворения иска о признании обязательственного правоотношения?

Как уже отмечалось выше, для предъявления иска о признании обязательственного правоотношения необходимо наличие юридического интереса для судебного подтверждения, который заключается в устранении правовой неопределенности относительно существования обязательства. Основанием такого интереса может, например, служить невозможность совершения собственных действий или сделок. В отличие от исков о присуждении, для исков о признании нарушение права не является условием для его предъявления. Для наличия юридического интереса, обуславливающего право на иск о признании обязательственного правоотношения, необходимы лишь обстоятельства, подтверждающие разногласия или противоречия между сторонами правоотношения, которое требуется подтвердить. Такой конфликт и создает необходимость в иске о признании. Стоит отметить, что в тех случаях, когда одновременно с требованием о признании наличия или отсутствия обязательственного правоотношения заявляется и требование о присуждении к совершению определенных действий со стороны ответчика, очевидно, что истинный юридический интерес заключается именно в принуждении совершения таких действий. Так, например, истец заявляет требование о признании договора незаключенным и о выселении арендатора из помещений, принадлежащих истцу. Видится, что такое требование следует квалифицировать как иск о присуждении, с помощью которого и обеспечивается эффективная защита прав ист-

¹⁹ Витрянский В. В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2017.

²⁰ См.: Гордон В. М. Указ. соч. С. 285.

ца. В данном случае подтверждение отсутствия правоотношения является обстоятельством, подлежащим доказыванию в рамках дела по требованию о выселении.

Подводя итог, отметим, что иски о признании обязательственного правоотношения могут предъявляться, только если они имеют самостоятельное значение, т.е. юридический интерес истца заключается исключительно в подтверждении правоотношения, независимо от осуществления права истца на исполнение чего-либо со стороны ответчика.

В то же время вышеизложенное не означает, что если истец имеет право на иск о присуждении, то он лишается права на иск о признании или его предъявление лишено всякого практического смысла, поскольку такие иски имеют разное правовое назначение и цели.

Выносимое решение по иску о признании права носит констатирующий, а не конститутивный (создающий) характер. Поэтому следующее условие для применения иска о признании обязательственного правоотношения (позитивного иска) — наличие такого правоотношения на момент обращения в суд. Это означает, что, например, требование о понуждении заключить договор, в случаях когда такое заключение является обязательным и одна из сторон уклоняется от такого заключения (ст. 445 ГК РФ), не является иском о признании обязательственного правоотношения, так как в этом случае договор считается заключенным с момента вступления в законную силу решения суда, и такое решение носит правоустанавливающий характер.

Думается, что судебное решение по иску о признании обязательственного правоотноше-

ния должно содержать не только вердикт о наличии или отсутствии такого правоотношения, но и его правовую квалификацию.

Не сложно заметить, что в качестве примеров, свидетельствующих о практической значимости применения признания права как способа защиты обязательственных прав, приводились только договорные обязательства. Возникает вопрос: возможно ли использование иска о признании права в отношении всех видов обязательств? Думается, что на данный вопрос следует дать отрицательный ответ. На наш взгляд, например, лишено всякого практического смысла предъявление иска о признании обязательственных прав, вытекающих из деликтных и кондикционных обязательств. Обращение кредитора внедоговорного (правоохранительного) обязательства за защитой, по сути, представляет собой требование о принуждении должника к возмещению причиненного вреда или возврате неосновательно полученного или сбереженного имущества. Юридический интерес при обращении в суд в указанном случае заключается исключительно в подтверждении своего права на исполнение, но не в подтверждении правоотношения. К тому же такие обязательства являются односторонними, и у кредитора имеется лишь субъективное право требования, такое право не предполагает совершения им собственных действий, поэтому вряд ли возможно представить ситуацию, в которой правовая неопределенность относительно существования правоохранительного обязательства могла бы стеснять кредитора в совершении собственных действий.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая : Общие положения. — 3-е изд., стер. — М. : Статут, 2008. — 847 с.
2. Василевская Л. Ю. Иск о признании права: проблемы определения и толкования // Судья. — 2011. — № 6. — С. 17—22.
3. Василевская Л. Ю. Иск о признании права: проблемы юридической квалификации // Право и бизнес : сборник статей I ежегодной Международной научно-практической конференции, приуроченной к 80-летию со дня рождения профессора В. С. Мартемьянова. — М., 2012. — С. 76—79.
4. Витрянский В. В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. — М. : Статут, 2017. — 431 с.
5. Гордон В. М. Иски о признании. — Ярославль, 1906. — 370 с.
6. Гражданское процессуальное уложение Германии : Вводный закон к Гражданскому процессуальному уложению : пер. с нем. — 2-е изд., перераб. — М. : Инфотропик Медиа, 2016. — 388 с.
7. Кузнецов С. А. О защите прав по обязательствам путем их признания // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. — 2014. — № 7.
8. Кузнецова Л. В. Некоторые вопросы признания права как способа защиты гражданских прав // Право и экономика. — 2004. — № 11. — С. 20—25.
9. Латыпов Д. Н. Особенности признания права как способа защиты гражданских прав // Журнал российского права. — 2013. — № 9. — С. 60—71.

Материал поступил в редакцию 23 апреля 2018 г.

STAROVOYTOVA Anna Sergeevna, PhD Candidate of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
annastar2@rambler.ru
143003, Russia, Moscow region, Moscow Odintsovo, bulvar L. Novoselovoy, d. 2a

RECOGNITION OF RIGHT AS A WAY TO PROTECT LIABILITY RIGHTS

Abstract. *The article substantiates the conclusion that recognition of the right is a universal way of protection of civil rights. This method of protection can be applied to liability rights. The article reveals the practical application of recognition of right as a way of protecting liability rights. The author states that the requirement to recognize the contract as concluded is a claim to recognize the obligations legal relationship. The structures similar to the recognition of liability rights are analyzed and the conclusion that such requirements are not claims for recognition, but are claims for award is reasoned. Claims for recognition of obligations are recommended to be divided into positive and negative. Particular attention is given to the legal design of the claim on recognition of obligations rights. In particular, the issues of the subject of the claim, its subjects, the conditions of presentation and satisfaction of the claim were considered. The claim for recognition of the right of obligation in its subject matter should be qualified as a requirement for confirmation of legal relationship.*

Keywords: *recognition of law, methods of protection of rights, claim for recognition, protection of obligations rights, conditions of claim, conditions of satisfaction of the claim, dispute about law.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Braginskiy M. I., Vitryanskiy V. V. Dogovornoe pravo. Kniga pervaya : Obshchie polozheniya.* — 3-e izd., ster. — M. : Statut, 2008. — 847 s.
2. *Vasilevskaya L. Yu. Isk o priznanii prava: problemy opredeleniya i tolkovaniya // Sud'ya.* — 2011. — № 6. — S. 17—22.
3. *Vasilevskaya L. Yu. Isk o priznanii prava: problemy yuridicheskoy kvalifikatsii // Pravo i biznes : sbornik statey I ezhegodnoy Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii, priurochennoy k 80-letiyu so dnya rozhdeniya professora V. S. Martem'yanova.* — M., 2012. — S. 76—79.
4. *Vitryanskiy V. V. Reforma rossiyskogo grazhdanskogo zakonodatel'stva: promezhutochnye itogi.* — M. : Statut, 2017. — 431 s.
5. *Gordon V. M. Iski o priznanii.* — Yaroslavl', 1906. — 370 c.
6. *Grazhdanskoe protsessual'noe ulozhenie Germanii : Vvodniy zakon k Grazhdanskomu protsessual'nomu ulozheniyu : per. s nem. — 2-e izd., pererab.* — M. : Infotropik Media, 2016. — 388 s.
7. *Kuznetsov S. A. O zashchite prav po obyazatel'stvam putem ikh priznaniya // Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF.* — 2014. — № 7.
8. *Kuznetsova L. V. Nekotorye voprosy priznaniya prava kak sposoba zashchity grazhdanskikh prav // Pravo i ekonomika.* — 2004. — № 11. — S. 20—25.
9. *Latypov D. N. Osobennosti priznaniya prava kak sposoba zashchity grazhdanskikh prav // Zhurnal rossiyskogo prava.* — 2013. — № 9. — S. 60—71.

Ф. А. Тасалов*

Несвобода договора и несправедливые договорные условия в практике государственных и муниципальных закупок

Аннотация. Большинство современных исследований о свободе договора посвящено особенностям реализации этого принципа в коммерческих отношениях. В статье анализируется другая сторона свободы договора — его применение в государственных и муниципальных закупках. Автор анализирует выводы постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» на основе актуальных судебных споров между государственными заказчиками и поставщиками в рамках применения Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Выделены ключевые особенности действия принципа свободы договора на стадии определения поставщика и на этапе исполнения обязательств по государственным контрактам. Отдельное внимание уделено оценке переговорных возможностей государственных заказчиков и участников закупки, проблеме злоупотребления правом сильной стороной в зависимости от стартовых условий закупки и способов ее проведения заказчиком. Представлен анализ аргументации судов в отношении толкования условий государственных контрактов с точки зрения свободы договора и ее пределов. В заключение сформулированы практические рекомендации и выводы.

Ключевые слова: свобода договора, контрактная система, закупки, торги, неустойка, несправедливые договорные условия, государственный контракт, участник закупки, государственный заказчик, протокол разногласий, документация о закупке.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.085-094

Основной целью принятия обновленного законодательства о государственных и муниципальных закупках в 2013 г. было выравнивание баланса между заказчиками и участниками закупок, причем в сторону усиления позиций заказчиков, а не поставщиков.

Заказчики получили право на односторонний внесудебный отказ от исполнения обязательств, в законодательство была введена конструкция

типовых контрактов, обязательных к применению заказчиками и поставщиками, какие-либо возможности согласования заказчиком и поставщиком исполнения обязательств на условиях, отличающихся от предложенных заказчиком в проекте контракта, по-прежнему остаются почти полностью заблокированными.

На фоне всех перечисленных нововведений Федерального закона от 5 апреля 2013 г.

© Тасалов Ф. А., 2019

* Тасалов Филипп Артемьевич, кандидат юридических наук, руководитель отдела по нормотворческой работе ООО «РТС-тендер»

1351688@mail.ru

121151, Россия, г. Москва, наб. Тараса Шевченко, д. 23а

№ 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»¹ (далее — Закон № 44-ФЗ, Закон о контрактной системе) за скобками остается вопрос переговорных возможностей сторон, несправедливых договорных условий, злоупотребления правом заведомо сильным агентом и судебного контроля. Если посмотреть на заявленную проблематику шире, то речь должна идти о проблеме свободы договора в контрактных отношениях.

В условиях детальной регламентации законодателем процедур публичных закупок рассуждать о свободе договора на первый взгляд представляется бессмысленным. Такая свобода при поверхностной оценке отсутствует или ограничена императивными предписаниями.

Вместе с тем после принятия постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»² (далее — Постановление Пленума ВАС РФ) на его основе постепенно стала формироваться судебная практика в сфере публичных закупок, требующая анализа и формулирования проблем в плоскости реализации принципа свободы договора в контрактных отношениях.

Согласно позиции ВАС РФ, в отношении норм договорного права устанавливается опровержимая презумпция их диспозитивности: в случае отсутствия в норме явно выраженного запрета и невозможности определения критериев ее императивности, такая норма считается диспозитивной (п. 4).

ВАС РФ указал, что императивность нормы следует из прямого запрета на согласование сторонами иной модели в виде, например, предусмотренных нормой последствий признания договора недействительным (п. 2).

В свою очередь, критериями императивности нормы могут выступать цель охраны особо значимых интересов, включая прежде всего интересы слабой стороны, недопущение гру-

бого нарушения баланса интересов сторон, или императивность может следовать из существа законодательного регулирования отношений в рамках отдельного договора (п. 3).

Для целей применения приведенных разъяснений ВАС РФ суды обязаны осуществлять судебное толкование диспозитивности или императивности нормы в соответствии с приведенными критериями императивности, а также выяснять фактические обстоятельства дела: 1) переговорные возможности сторон; 2) характер присоединения стороны к сделке; 3) профессионализм сторон; 4) уровень конкуренции на рынке; 5) наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры, заключить аналогичную сделку с другим лицом (п. 10).

ВАС РФ предоставил лицу, которому другой стороной по договору были предложены несправедливые договорные условия, нарушающие существенным образом баланс интересов сторон, возможность применения п. 2 ст. 428 ГК РФ. Такое лицо не лишено возможности требовать признания ничтожности таких условий (ст. 169 ГК РФ) или их неприменения в соответствии с правилами ст. 10 ГК РФ (п. 9).

Юридическая природа несправедливых договорных условий, по мнению О. И. Мягковой, должна включать два элемента: существенный дисбаланс интересов сторон обязательства и недобросовестное поведение сильной стороны, использующей явное неравенство переговорных возможностей³. Отдельно исследователь справедливо указывает, что договорные условия, не соответствующие требованиям законодательства, не могут признаваться в качестве несправедливых, а требуют от судов квалификации в качестве недействительных в рамках ст. 168 ГК РФ⁴.

Нужно обратить особое внимание на то, что Постановление Пленума ВАС РФ не содержит разъяснений, посвященных реализации принципа свободы договора на стадии определения

¹ СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

² Вестник ВАС РФ. 2014. № 5.

³ См.: Мягкова О. И. Несправедливые договорные условия в российском гражданском праве // Российский юридический журнал. 2017. № 2. С. 105.

⁴ Мягкова О. И. Указ. соч.

заказчиком поставщика. В нем не дана оценка в отношении особенностей квалификации императивных и диспозитивных норм, несправедливых условий на стадии исполнения обязательств по контрактам.

Таким образом, вопрос реализации Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора и ее пределах применительно к сфере публичных закупок остается открытым с точки зрения законодательства о контрактной системе и практики его применения.

Стадия формирования заказчиком проекта контракта до его публикации Законом № 44-ФЗ не регулируется.

Исключение составляют типовые контракты и условия, применение которых заказчиками является обязательным в силу предписаний законодательства⁵. Возможность изменения заказчиком условий типового контракта существенно ограничена, поэтому свобода договора на стадии определения поставщика даже заказчика оказывается почти полностью заблокированной.

После публикации заказчиком в единой информационной системе в сфере закупок (далее — ЕИС) проекта контракта участник закупки вправе направить заказчику запрос о разъяснении условий проекта контракта⁶.

Закон о контрактной системе содержит запрет на переговоры между участником закупки и заказчиком в отношении заявки поставщика до определения победителя закупки (ч. 1 ст. 46). Из этой нормы следует вывод о том, что при проведении заказчиком закупки у единственного поставщика стороны свободны в проведении переговоров и согласовании условий сделки на приемлемых для контрагентов условиях, поскольку при прямом заключении контракта без торгов не может быть «победителя закупки».

Исключением из этого правила являются отдельные случаи закупки без проведения торгов, прежде всего в сфере энергоснабжения, где широкое распространение получила конструкция публичного договора (п. 8, 29 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ).

Называть запросы поставщиков о разъяснении положений проекта контракта «переговорами» было бы неверным. Такой вывод следует из того, что участник закупки не может предложить заказчику свою редакцию контракта, поскольку предмет запроса — только толкование заказчиком договорного условия, заказчик не обязан вносить изменения в проект контракта по запросу поставщика. Все, что требуется от заказчика, — это направить ответ на запрос участника закупки в установленные законодательством сроки. Но и здесь законодатель допускает много неточностей.

Так, при проведении конкурса его участник не ограничен в количестве направляемых заказчику запросов на разъяснение положений проекта контракта (ч. 7 ст. 50 Закона № 44-ФЗ). Напротив, участник электронного аукциона может только трижды обратиться к заказчику с запросом на разъяснение проекта контракта (ч. 3 ст. 65 Закона № 44-ФЗ).

Указанное расхождение в количестве запросов на разъяснение условий проекта контракта будет устранено только после введения новых электронных способов закупки, предусмотренных Федеральным законом от 31 декабря 2017 г. № 504-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»⁷: при проведении электронного конкурса и электронного аукциона их участники смогут обратиться

⁵ См.: постановление Правительства РФ от 2 июля 2014 г. № 606 «О порядке разработки типовых контрактов, типовых условий контрактов, а также о случаях и условиях их применения» (вместе с Правилами разработки типовых контрактов, типовых условий контрактов) (п. 6) // СЗ РФ. 2014. № 28. Ст. 4053.

⁶ Здесь и далее для удобства мы используем термин «запрос» на разъяснение условий проекта контракта, а не принятый в Законе № 44-ФЗ оборот «запрос на разъяснение положений документации о закупке», поскольку нас интересуют именно условия проекта контракта, который является неотъемлемой частью документации о закупке.

⁷ СЗ РФ. 2018. № 1 (ч. 1). Ст. 88.

к заказчику с запросом на разъяснение документации о закупке только три раза.

Практика проведения электронных аукционов показывает, что операторы электронных площадок не блокируют возможность направления участниками аукционов запросов на разъяснение аукционной документации после истечения установленного заказчиком срока для их направления, а заказчики вправе размещать ответы на такие запросы⁸.

Другим способом влияния участника закупки на условия проекта контракта является обжалование его условий в антимонопольный орган до окончания срока подачи заявок (ч. 3, 4 ст. 105 Закона № 44-ФЗ). По итогам рассмотрения жалобы антимонопольный орган вправе обязать заказчика внести изменения в проект контракта.

Наконец, последней возможностью для поставщика повлиять на условия будущей сделки выступает протокол разногласий на этапе заключения контракта.

Необходимо подчеркнуть, что в действующей редакции Закона о контрактной системе использование заказчиком и участником закупки протокола разногласий допускается только при проведении электронного аукциона.

Следовательно, возможность участника закупки направить заказчику протокол разногласий безосновательно поставлена законодателем в зависимости от способа конкурентной закупки, что создает дополнительные неоправданные ограничения прав поставщиков. Можно только догадываться, по какой причине победитель открытого конкурса не вправе направить заказчику протокол разногласий к условиям проекта контракта, а победителю электронного аукциона, пусть и в достаточно ограниченной форме, такая возможность предоставлена.

Между тем практика использования поставщиками протокола разногласий при проведении электронного аукциона показывает, что этот механизм не может рассматриваться в качестве эффективного способа изменения

условий контракта. Закон № 44-ФЗ ограничивает использование участником аукциона протокола разногласий только случаями расхождения условий проекта контракта с требованиями документации об аукционе и условиями исполнения контракта, предложенными поставщиком в заявке (ч. 4 ст. 70 Закона № 44-ФЗ).

Как правило, заказчики в ответ на протокол разногласий поставщика отказываются вносить какие-либо изменения в проект контракта. В обоснование этой позиции заказчиками стандартно приводится правило ч. 2 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, устанавливающее запрет на изменение условий контракта на этапе его заключения.

С 1 июля 2018 г. использование заказчиком и лицом, с которым заключается контракт, протокола разногласий на этапе заключения контракта вводится для новых электронных способов закупок — электронного конкурса, электронного двухэтапного конкурса, электронного конкурса с ограниченным участием, а также для электронных запросов котировок и запросов предложений⁹ (ч. 4, 5 ст. 83.2 Закона № 44-ФЗ в новой редакции).

Вместе с тем, поскольку заказчики будут обязаны применять электронные процедуры закупки только с 1 января 2019 г., при проведении заказчиками «бумажных» конкурентных процедур закупок использование протокола разногласий будет по-прежнему заблокировано.

Каковы же переговорные возможности заказчика и участника закупки на стадии определения поставщика?

Из всех возможных способов учета заказчиком волеизъявления участника закупки в отношении условий контракта единственным способом добиться таких изменений является обжалование положений проекта контракта в антимонопольный орган.

Но использование поставщиком этого административного механизма в любом случае не позволяет ему предложить иные условия исполнения обязательств, а может только

⁸ См.: письмо ФАС России от 20 августа 2015 г. № АЦ/43570/15.

⁹ Федеральный закон от 31 декабря 2017 г. № 504-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд”».

фрагментарно исключить условия, явно несоответствующие императивным положениям законодательства. Именно поэтому исключение антимонопольным органом отдельных договорных условий в административном порядке нельзя рассматривать в качестве переговоров и реального механизма учета заказчиком волеизъявления участника закупки.

Запросы поставщиков на разъяснение положений проекта контракта и протокол разногласий, как было показано, не оказывают серьезного влияния на условия будущего контракта.

Итак, оценивая законодательство о контрактной системе в рассматриваемой части с позиции п. 10 Постановления Пленума ВАС о свободе договора и ее пределах, мы можем утверждать, что фактическое соотношение переговорных возможностей участника закупки и заказчика при проведении торгов всегда в пользу последнего.

Присоединение победителя закупки к условиям контракта, нарушающим баланс интересов сторон, всегда носит вынужденный характер, поскольку отказ от заключения контракта влечет признание заказчиком поставщика уклонившимся от его заключения, с перспективой включения антимонопольным органом информации об участнике закупки в реестр недобросовестных поставщиков.

Распространенной практикой заказчиков является определение в контракте условия об освобождении от ответственности за просрочку в оплате исполненных обязательств в случае недостаточного бюджетного финансирования.

На этапе определения поставщика участники закупки успешно обжалуют подобные контрактные условия. Контрольные органы в сфере закупок признают такие условия не соответствующими императивным нормам Закона № 44-ФЗ об ответственности заказчика (ч. 5 ст. 34)¹⁰. Однако такие жалобы, в отличие от количества сходных споров, которые рассматривают арбитражные суды, носят единичный характер.

Так, по одному из дел, рассмотренных арбитражным судом кассационной инстанции, заказчик частично оплатил выполненные подрядчиком работы. Остальная сумма задолженности была погашена заказчиком с просрочкой.

Условиями контракта была предусмотрена ответственность заказчика в случае просрочки исполнения и оговорка об освобождении заказчика от ответственности в случае недофинансирования. Подрядная организация потребовала в суде от заказчика пени в отношении периода просрочки, допущенного заказчиком.

Суд отказал лицу в удовлетворении кассационной жалобы, мотивируя решение ссылкой на п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора, предусматривающий, что отсутствие в норме явно выраженного запрета и критериев ее императивности должно влечь за собой квалификацию такой нормы, как диспозитивной. По мнению суда, включение заказчиком в контракт условия об освобождении его от ответственности в случае отсутствия финансирования не противоречит п. 1 ст. 314 и п. 1 ст. 746 ГК РФ и отвечает требованиям ст. 421 ГК РФ¹¹.

Известно, что обязательным условием контракта является положение об ответственности его сторон — как поставщика, так и заказчика (ч. 4 ст. 34 Закона № 44-ФЗ). Отдельно в Законе № 44-ФЗ императивно предусмотрена ответственность заказчика в случае просрочки (ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ), которая была предусмотрена контрактом и является законной неустойкой.

Анализ ст. 34 Закона № 44-ФЗ позволяет квалифицировать положения об ответственности сторон контракта в качестве существенных условий контракта (п. 1 ст. 432 ГК РФ). Вместе с тем из анализа положений Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора необходимо констатировать, что *разъяснения ВАС РФ не могут применяться сторонами договорных отношений в отношении существенных условий сделки, определенных в законе в качестве*

¹⁰ См.: решение ФАС России от 5 декабря 2014 г. по делу № К-1798/14; решение УФАС России по Ростовской области от 8 апреля 2014 г. № 6062/03 по делу № 538/03.

¹¹ См.: постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 7 февраля 2018 г. по делу № А33-771/2017.

необходимых для определенного вида договора (п. 1 ст. 432 ГК РФ).

Тем не менее суд счел возможным игнорировать императивное условие контракта об ответственности заказчика в пользу другого положения контракта, исключающего возможность применения императивной нормы.

Положениями Закона о контрактной системе и нормами ГК РФ в качестве основания для освобождения стороны контракта от ответственности рассматриваются обстоятельства непреодолимой силы или вина контрагента (ч. 9 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, п. 3 ст. 401 ГК РФ). Отсутствие средств в бюджете ни при каких условиях не может быть квалифицировано судом как обстоятельство непреодолимой силы, что следует из требований ст. 401 ГК РФ и позиции Верховного Суда РФ¹².

Таким образом, арбитражный суд, применяя п. 4 разъяснений ВАС РФ о свободе договора, обошел стороной предусмотренную этими же разъяснениями обязанность по выявлению фактических обстоятельств заключения контракта (п. 10) и ограничился констатацией диспозитивного характера норм ГК РФ о договоре подряда в части условий оплаты заказчиком выполненных подрядчиком работ (п. 1 ст. 746 Кодекса).

Подчеркнем, что в анализируемом деле суд не учел фактическое отсутствие у подрядной организации возможности ведения переговоров с заказчиком в отношении спорного условия до заключения контракта, тем самым необоснованно не применив п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ.

Ссылки суда на положения ГК РФ о договоре подряда в обоснование принятого решения также не выдерживают критики. Так, в силу п. 1 ст. 746 ГК РФ порядок и сроки оплаты по договору подряда определяются законом или договором.

Какого-либо противоречия этой нормы условиям спорного контракта о порядке и сроке оплаты действительно нет. Но спор, рассмотренный судом, имел отношение только к вопросу

освобождения заказчика от ответственности при просрочке и не был связан с применением сторонами контракта условия, отличного от правила, закрепленного в п. 1 ст. 746 ГК РФ.

Обращение суда к общим правилам о сроке исполнения обязательств (п. 1 ст. 314 ГК РФ) в подтверждение своей позиции является избыточным и не относящимся к обстоятельствам рассмотренного дела, поскольку контрактом были предусмотрены сроки оплаты, которые в итоге нарушил заказчик.

Как нам представляется, приведенное решение суда было продиктовано необходимостью защиты средств бюджета от взыскания, отсюда — отказ от квалификации переговорных возможностей сторон и необъяснимые ссылки суда на нормы ГК РФ, не подтверждающие выводы, содержащиеся в решении.

Следовательно, комментируемое решение арбитражного суда не соответствует Закону о контрактной системе, положениям ГК РФ и полностью искажает судебное толкование принципа свободы договора и его пределов, изложенное в Постановлении Пленума ВАС РФ.

В рассмотренном деле суд должен был признать условие об освобождении заказчика от ответственности при просрочке вследствие недофинансирования недействительным (ст. 168 ГК РФ) и применить императивную норму Закона о контрактной системе (ч. 5 ст. 34).

Рассматривая сходный спор между заказчиком и подрядчиком о взыскании пеней за просрочку в оплате выполненных работ, другой суд кассационной инстанции занял противоположную позицию, иск компании о взыскании с заказчика пеней в отношении периода просрочки удовлетворил, несмотря на условие контракта об освобождении заказчика от ответственности при его недофинансировании.

Коллегия судей, отклоняя доводы заказчика, указала, что *подрядчик является слабой стороной отношений, не обладавшей возможностью повлиять на спорное условие контракта, следовательно, условие об освобождении*

¹² См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств». П. 8 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 5.

заказчика от ответственности при недофинансировании явно обременительно и заведомо невыгодно для подрядчика и не подлежало применению¹³.

Суд, применяя п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора, в отличие от ранее приведенного решения, верно определил переговорные возможности сторон и подтвердил действие императивной нормы Закона о контрактной системе в отношении ответственности заказчика, являющейся существенным условием контракта.

Отсутствие бюджетного финансирования часто служит заказчикам не только в качестве способа освобождения от ответственности, но также широко используется как основание для отказа в оплате подрядчикам выполненных и принятых работ.

Так, заказчик, требуя пересмотра решений судов первой и апелляционной инстанций, которыми было удовлетворено требование подрядчика о взыскании основной суммы долга за выполненные работы и процентов за пользование чужими денежными средствами, указал, что заключенный контракт является сделкой под отлагательным условием. В качестве такого «отлагательного» условия заказчик привел положение контракта о том, что оплата выполненных работ проводится в соответствии с лимитами бюджетных обязательств, доведенными до заказчика.

Арбитражный суд кассационной инстанции обоснованно отказал в удовлетворении жалобы заказчика, отметив, что контракт по смыслу п. 1 ст. 157 ГК РФ не является сделкой под отлагательным условием, отсутствие бюджетного финансирования не освобождает заказчика от исполнения обязанности по оплате выполненных и принятых им работ¹⁴.

Позиция кассационного суда была поддержана Верховным Судом РФ¹⁵. Сходные решения об отсутствии оснований для отказа заказчиком в оплате выполненных работ при отсутствии финансирования принимают и другие арбитражные суды¹⁶.

Другим способом одновременного освобождения заказчика от ответственности при просрочке и от обязанности по своевременной оплате исполненных обязательств является условие контракта о том, что оплата производится заказчиком по мере поступления средств из бюджета.

Отсюда заказчики приходят к выводу о том, что недофинансирование означает, что срок оплаты не наступил, а следовательно, и ответственности за просрочку в подобных ситуациях заказчики не несут. Суды обоснованно признают подобную аргументацию заказчиков несостоятельной, а применение норм Закона № 44-ФЗ об ответственности заказчика — императивным требованием, которое не может быть отменено условиями финансирования должника в лице заказчика¹⁷.

Интересное преломление получил принцип свободы договора в отношении размера законной неустойки, предусмотренной Законом о контрактной системе.

Так, в Обзоре судебной практики в сфере закупок Верховный Суд РФ (далее — ВС РФ) пояснил, что размер неустойки, предусмотренный Законом № 44-ФЗ, может быть увеличен по соглашению сторон как в отношении заказчика, так и применительно к поставщику¹⁸.

Впрочем, в Обзоре ВС РФ приведен только один пример, когда размер ответственности был увеличен заказчиком в отношении поставщика и составил 1 % за каждый день просрочки.

Разумеется, ВС РФ привел в обоснование этой позиции п. 1 ст. 332 ГК РФ, не запрещаю-

¹³ См.: постановление Арбитражного суда Уральского округа от 7 декабря 2016 г. по делу № А71-3716/2015.

¹⁴ См.: постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 2 февраля 2016 г. № Ф06-4527/2015 по делу № А12-25371/2015.

¹⁵ См.: определение Верховного Суда РФ от 19 апреля 2016 г. № 306-ЭС16-2758.

¹⁶ См.: постановление Арбитражного суда Центрального округа от 30 мая 2017 г. по делу № А48-4172/2016.

¹⁷ См.: постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 29 января 2018 г. № Ф06-28303/2017 по делу № А06-4002/2017.

¹⁸ См.: Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд

щий увеличение размера законной неустойки по соглашению сторон.

Здесь важна, естественно, не констатация судом такой возможности, а реально существующие механизмы, использование которых позволяло бы поставщику согласовать повышенный размер ответственности заказчика до заключения контракта.

Так, ВС РФ по одному из дел подтвердил, что условие о повышенном размере ответственности поставщика при его просрочке не противоречит Закону о контрактной системе¹⁹.

Однако если подобное условие будет включено в контракт в отношении заказчика, то позиция судов становится совершенно другой, а п. 1 ст. 332 ГК РФ неожиданно «выключается». Предваряя анализ решения одного из арбитражных судов, следует отметить, что случаи включения в контракт повышенной ответственности заказчика встречаются крайне редко и имеют место при заключении заказчиками контрактов с единственным поставщиком.

Так, условием контракта, заключенного между заказчиком и поставщиком в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ, была определена ответственность заказчика в отношении просрочки в оплате поставки в размере 0,1 % за каждый день просрочки.

Отметим, что несмотря на установленную Законом № 44-ФЗ возможность сторон в отдельных случаях закупки у единственного поставщика не устанавливать условие об ответственности (ч. 15 ст. 34), режим прямого заключения контракта позволяет включать условие об ответственности сторон сделки на согласованных сторонами условиях (ст. 421 ГК РФ).

Арбитражные суды трех инстанций отказали поставщику в удовлетворении иска о взыскании пени за просрочку, поскольку согласованный

сторонами размер неустойки превышал размер ответственности заказчика, предусмотренный ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ. Иск был удовлетворен судом только в отношении размера пеней, предусмотренного в ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ.

Суд счел, что *отсутствие законодательного запрета на увеличение размера законной неустойки не всегда означает возможность ее увеличения по соглашению сторон вследствие возможного ограничения свободы договора существом законодательного регулирования*²⁰.

В качестве обоснования суд привел позицию ВС РФ о том, что условие договора, противоречащее существу законодательного регулирования отдельных договорных отношений, может быть признано ничтожным²¹. Далее суд применил Постановление Пленума ВАС РФ о свободе договора и счел, что повышенный размер неустойки в отношении заказчика искажает суть ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, в которой размер ответственности заказчика ограничен 1/300 ключевой ставки Банка России.

Смысл ограничения законодателем предельного размера неустойки, по мнению суда, может заключаться в защите слабой стороны сделки, неспособной сопротивляться (именно такой термин использован в решении) включению завышенного размера неустойки в контракт. В рассмотренном споре заказчиком выступала школа — бюджетное учреждение, некоммерческая организация, которая, согласно выводам суда, не является профессиональным участником экономического оборота.

Указанные обстоятельства позволили суду применить п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора и квалифицировать ч. 5 ст. 34 Закона о контрактной системе как императивную норму.

(утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28 июня 2017 г.). П. 35 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 12.

¹⁹ См.: определение Верховного Суда РФ от 31 марта 2016 г. по делу № 306-ЭС15-15659.

²⁰ См.: постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 15 июня 2017 г. по делу № А45-11005/2016.

²¹ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». П. 74 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

Защита слабой стороны контракта, которой неожиданно оказался заказчик, позволила суду не только констатировать императивный характер ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, но сделать применение этой нормы обязательным всегда, несмотря на допускаемую Законом № 44-ФЗ возможность сторон контракта отказаться от включения в него условия об ответственности сторон и согласовать другой размер неустойки.

В итоге суд оставил в силе решения судов первой и апелляционной инстанций, которые удовлетворили требования истца только в размере неустойки, предусмотренном ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ²². Отказ арбитражных судов трех инстанций во взыскании пеней, предусмотренных контрактом, был поддержан Верховным Судом РФ²³.

Комментируемое решение показывает реальные, а не формально законодательные возможности у сторон контракта в отношении согласования условия о повышенном размере неустойки, от толкования которых с позиций принципа свободы договора ВС РФ отказался.

Другими словами, увеличение размера ответственности возможно в контрактных отношениях фактически только для одной, действительно слабой стороны — для поставщика, а предусмотренная в п. 2 ст. 332 ГК РФ возможность увеличения размера законной неустойки для обеих сторон отношения является фикцией.

Суд при разрешении спора не учел, что оснований для применения к спорному условию контракта размера неустойки, установленному в ч. 5 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, не имеется, поскольку стороны добровольно воспользовались ч. 15 ст. 34 Закона № 44-ФЗ, позволяющей не применять законную неустойку к контрактам с единственным поставщиком и не запрещающей сторонам иначе определить условие об ответственности в контракте.

Довод суда о том, что бюджетное учреждение не является профессиональным участником рынка, из чего суд заключил, что заказчик в дан-

ном случае выступает слабой стороной отношений, может быть легко опровергнут.

Дело в том, что ограничений для согласования условия проекта контракта об ответственности у заказчика не имелось. Суды не учли принцип профессионализма заказчика (ст. 9 Закона № 44-ФЗ), который распространяется на всех заказчиков вне зависимости от их организационно-правовой формы.

Наконец, если согласиться с тем, что все заказчики, выступающие в закупках в организационно-правовых формах некоммерческих организаций, являются слабой стороной таких отношений даже при заключении контрактов с единственным поставщиком, тогда потребуются пояснить, какой тогда стороной такие заказчики являются при проведении конкурентных процедур закупок, когда поставщик, как мы уже доказали, почти полностью ограничен в возможностях влияния на условия проекта контракта — слабой или сильной?

Получается, что при осуществлении закупок у единственного поставщика такой заказчик будет слабой стороной отношений, а при проведении торгов — сильной. Абсурдность позиции суда очевидна.

Переговорные возможности сторон в лице заказчика и участника закупки не только не равны, но и носят диспропорциональный характер, если речь идет о проведении заказчиком торгов. Все опции участника закупки согласовать справедливые условия контракта на этапе определения поставщика при проведении заказчиком конкурентной процедуры закупки исчерпываются обжалованием положений проекта контракта.

Напротив, режим закупки у единственного поставщика позволяет сторонам согласовать взаимоприемлемые условия исполнения контрактных обязательств, за исключением случаев закупки у единственного поставщика на основании конструкции публичного договора или несостоявшихся конкурентных процедур.

На этапе исполнения контракта должно найти более широкое применение правило

²² См.: постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 15 июня 2017 г. по делу № А45-11005/2016.

²³ См.: определение Верховного Суда РФ от 17 октября 2017 г. № 304-ЭС17-14884.

о возможности суда по иску поставщика вносить изменения в условия контракта либо их отменять или признавать их несправедливыми договорными условиями, предусмотренное п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора и ее пределах.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Мягкова О. И. Несправедливые договорные условия в российском гражданском праве // Российский юридический журнал. — 2017. — № 2. — С. 99—111.

Материал поступил в редакцию 29 апреля 2018 г.

"NON-FREEDOM" OF A CONTRACT AND UNFAIR CONTRACTUAL TERMS IN THE PRACTICE OF STATE AND MUNICIPAL PROCUREMENT

TASALOV Filipp Artemevich, PhD in Law, Head of the Rule-Making Department, RTS-Tender LLC
1351688@mail.ru
121151, Russia, Moscow, nab. Tarasa Shevchenko, d. 23a

Abstract. *The majority of contemporary studies devoted to the freedom of contract is devoted to the peculiarities of implementation of this principle in commercial relations. The article analyzes the other side of the freedom of contract — its application in state and municipal procurement.*

The author analyzes conclusions drawn in Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of March 14, 2014 No. 16 "On freedom of contract and its limits" on the basis of court disputes between public procurement authorities and suppliers within the framework of the Federal Law of April 5, 2013 No. 44-FZ "On the contract system in the procurement of goods, works and services for state and municipal needs."

The paper determines the key features of the principle of freedom of contract at the stage of determining the supplier and at the stage of performance of obligations under procurement contracts. Special attention is paid to the assessment of negotiation opportunities, public procurement authorities and participants of procurement, the problem of abuse of the right by a stronger party depending on the starting conditions of the purchase and the ways of its implementation by the public procurement authority. The analysis of arguments of courts concerning interpretation of terms of procurement contracts from the point of view of freedom of contract and its limits is presented. To sum up, the author provides for practical recommendations and conclusions.

Keywords: *freedom of contract, contract system, purchases, trades, penalty, unfair contract terms, public contract, procurement participant, public procurement authority, statement of disagreements, procurement documentation.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Myagkova O. I. Nespravedlivye dogovornye usloviya v rossiyskom grazhdanskom prave // Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal. — 2017. — № 2. — S. 99—111.

ГРАЖДАНСКОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

О. Ю. Фомина*

Профессиональное представительство: доводы за и против

Аннотация. В статье анализируются предложения по реформированию института судебного представительства в части законодательного закрепления обязательного наличия у представителя высшего юридического образования, содержащиеся в проектах федеральных законов, подготовленных Верховным Судом РФ (постановление Пленума Верховного Суда РФ от 3 октября 2017 г. № 30) и П. В. Крашенинниковым (проект федерального закона № 273154-7 «Об осуществлении представительства сторон в судах и о внесении изменений в отдельные законодательные акты»), а также исследуется разработанная Министерством юстиции РФ Концепция регулирования рынка профессиональной юридической помощи. Предлагаемые новеллы оцениваются на предмет их необходимости и соотносимости с конституционными принципами. Обосновывается и доказывается несостоятельность подхода о возможности представления интересов в суде на профессиональном уровне только лицами, получившими высшее юридическое образование. Даже продолжительный стаж работы по юридической специальности далеко не всегда гарантирует возможность оказания квалифицированной юридической помощи по представлению интересов граждан и организаций в суде.

Ключевые слова: судебное представительство, адвокат, гражданский процесс, арбитражный процесс, административное судопроизводство, квалифицированная юридическая помощь, высшее юридическое образование, процессуальное законодательство, законопроект, принципы процессуального права.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.095-101

2017 год был богат на проекты изменений законодательства Российской Федерации, в том числе регулирующего процессуальные правоотношения. Учитывая значительный объем процессуальных институтов, которые будут существенно преобразованы в случае принятия таких законодательных инициатив,

хотелось бы остановиться на одном — институте судебного представительства.

Среди нашумевших и вызвавших широкий общественный резонанс законопроектов и концепций необходимо отметить следующие: разработанная Министерством юстиции РФ Концепция регулирования рынка профессио-

© Фомина О. Ю., 2019

* Фомина Ольга Юрьевна, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
voroshilova-olga@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

нальной юридической помощи (далее — Концепция); подготовленный Верховным Судом РФ проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации, Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (постановление Пленума Верховного Суда РФ от 3 октября 2017 г. № 30)¹; внесенный депутатом Государственной Думы Федерального Собрания РФ П. В. Крашенинниковым проект федерального закона № 273154-7 «Об осуществлении представительства сторон в судах и о внесении изменений в отдельные законодательные акты»².

Предложения Верховного Суда РФ и П. В. Крашенинникова заключаются в закреплении возможности только для адвокатов и лиц с высшим юридическим образованием выступать в судах в качестве представителей. Министерство юстиции РФ пошло дальше и, в свою очередь, предлагает узаконить исключительное право адвокатов на судебное представительство.

В идеальном представлении изменения в законодательные акты должны вноситься с целью улучшения регулирования той или иной сферы общественных отношений, а необходимость реформирования должна обуславливаться возникающими проблемами в практике применения нормы права или возникновением каких-либо новых институтов в связи с динамично развивающимися правоотношениями. Для обеспечения стабильности правового регулирования изменения должны вноситься только в случае реальной необходимости после тщательного изучения состояния правового регулирования в соответствующей сфере правоотношений. О «стабильности» как об одной из важнейших характеристик законодательства говорил и сам П. В. Крашенинников в одной из своих работ³.

Конституционный Суд РФ отмечал необходимость соблюдения принципа поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, предполагающего ответственность за качество принимаемых решений, сохранение присущей природе законодательных актов разумной стабильности правового регулирования, недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм⁴.

Так какие же причины указываются инициаторами законопроектов в качестве обоснования необходимости реформирования института судебного представительства?

В пояснительной записке к проекту федерального закона, подготовленного Верховным Судом РФ, потребность в новациях объясняется объективной необходимостью совершенствования процессуальных институтов в целях повышения эффективности защиты прав граждан и организаций, улучшения качества правосудия, оптимизации судебной нагрузки. Закрепление положения о возможности только для адвокатов и лиц, имеющих высшее юридическое образование, являться представителями в суде объясняется необходимостью обеспечения права на квалифицированную юридическую помощь. Причем Верховный Суд РФ подкрепляет свою позицию аргументом о подтверждении эффективности реализации института профессионального представительства практикой применения КАС РФ (без ссылок на какие-либо судебные акты или обзоры судебной практики).

П. В. Крашенинников в пояснительной записке к своему законопроекту также указывает цель — обеспечение реализации права граждан на квалифицированную юридическую помощь. Автор законопроекта отмечает ненадлежащее качество получаемых гражданами и организациями услуг по представительству в судах, однако также не указывает на обстоятельства, которые повлияли на формирование такого вывода.

¹ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. URL: <http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/SearchUD?OpenForm&Seq=1> (дата обращения: 25 апреля 2018 г.).

³ См.: Крашенинников П. В. Закон и законотворческий процесс. М., 2017.

⁴ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 2018 г. № 13-П // Российская газета. 2018. № 70.

Министерство юстиции РФ в обоснование необходимости внесения изменений в ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ в части закрепления исключительного права адвокатов на судебное представительство (за небольшим изъятием для корпоративных юристов и некоторых иных лиц) указывает на принципиальность данного положения Концепции, которое направлено на обеспечение достижения задачи повышения качества оказания квалифицированной юридической помощи гражданам и организациям, а также соблюдения публичных интересов при отправлении правосудия.

Таким образом, указание на какие-либо конкретные факты (например, на недовольство общества современным состоянием оказываемой юридической помощи, подтвержденное результатами опросов, или на иные факты, нашедшие отражение в судебной практике), послужившие причинами возникновения необходимости в реформировании института судебного представительства, в рассматриваемых законопроектах в качестве обоснования не обнаружено.

Учитывая отсутствие очевидных потребностей в предлагаемом реформировании, необходимо проанализировать целесообразность и обоснованность внесения предлагаемых изменений в процессуальные кодексы в части института судебного представительства, а также согласование таких новелл с действующими принципами процессуального права.

Из анализа рассматриваемых законопроектов становится очевидным, что разработчики изменений делают акцент на гарантированное Конституцией РФ в ч. 1 ст. 48 право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, которое авторами Конституции РФ предусматривалось прежде всего для участников уголовного судопроизводства, что под-

тверждается в числе прочих постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»⁵. Кроме того, Конституционный Суд РФ в определении от 5 февраля 2004 г. № 25-О⁶ обратил внимание на то, что содержащееся в ст. 48 Конституции РФ положение означает конституционную обязанность государства обеспечить каждому желающему достаточно высокий уровень любого из видов предоставляемой юридической помощи, но не обязанность потерпевшего и гражданского истца пользоваться помощью только адвоката; в противном случае это нарушало бы также конституционное право, закрепленное ст. 52 Конституции РФ, в силу которой права потерпевших от преступлений (в том числе признанных гражданскими истцами) подлежат охране законом, а государство обеспечивает им доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба.

Как справедливо отмечается в Коллективном правовом заключении, подготовленном Е. Г. Стрельцовой, Д. А. Тумановым при участии С. В. Моисеева, на законопроект Верховного Суда РФ, в настоящее время, действуя и без помощи профессионального юриста, сторона все равно может рассчитывать на вынесение решения в свою пользу, поскольку ей вправе оказывать помощь любое дееспособное лицо, которое может быть более осведомленным в правовых вопросах, чем тяжущийся⁷. Зачастую для того, чтобы выиграть дело, одним только знаний в сфере юриспруденции недостаточно, а добивается успеха тот представитель, который является специалистом в той или иной области спорных правоотношений (в сфере медицины, техники, экологии, электроэнергетики и др.).

⁵ Российская газета. 1995. № 247.

⁶ См.: определение Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2004 г. № 25-О «По жалобе гражданки Ивкиной Валентины Оноприевны на нарушение ее конституционных прав частью первой статьи 45 и статьей 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 6.

⁷ См.: Коллективное правовое заключение на законопроект Верховного Суда Российской Федерации (постановление Пленума Верховного Суда РФ от 3 октября 2017 г. № 30) / Е. Г. Стрельцова, Д. А. Туманов, С. В. Моисеев // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 2. С. 58.

О. Д. Блатова, юрист ОМННО «Совет Гринпис», в дополнение к упомянутому Коллективному правовому заключению отмечает, что в ходе участия в судебных заседаниях неоднократно сталкивается с представителями, которые не имеют высшего юридического образования, но обладают очень глубокими знаниями по проблемам, ставшим предметом судебного разбирательства, в то время как адвокаты, не обладающие глубокими познаниями в специфических отраслях права, осуществляют защиту менее эффективно⁸.

Может ли одно только наличие диплома о высшем юридическом образовании гарантировать профессионализм судебного представителя?

Конечно, нет. Далеко не каждый выпускник после окончания высшего учебного заведения способен на высоком уровне представлять интересы доверителя в суде. Достаточно много примеров, когда, получив высшее юридическое образование, он или она понимают, что хотели бы заниматься совсем другим. Нередко такие лица становятся профессионалами в другой области, например фотографии, флористике и др. Отсутствие у таких лиц опыта работы по юридической специальности, по мнению инициаторов реформ, не будет являться препятствием к осуществлению ими судебного представительства на высоком профессиональном уровне, так как ими было получено высшее юридическое образование.

Даже наличие опыта работы по юридической специальности не всегда гарантирует профессиональное представительство в суде. Юрист может работать в компании, занимающейся определенным родом деятельности, и в его должностные обязанности может входить исключительно согласование нескольких видов договоров, заключаемых с контрагентами (про-

верка соблюдения всех необходимых реквизитов и приложения необходимых документов). У юриста может быть опыт такой юридической работы и 10, и 20 лет, однако это не делает его профессиональным судебным представителем.

Кроме того, не любой гражданин способен позволить себе представителя — профессионального юриста по причине высокой стоимости его услуг. В случае закрепления в законе обязательности наличия высшего юридического образования у судебного представителя будут созданы дополнительные препятствия для граждан в защите их прав в судебном порядке.

Не стоит забывать и о достаточно активной роли суда при рассмотрении дела: в соответствии со ст. 56 ГПК РФ, ст. 65 АПК РФ суд определяет, какие обстоятельства имеют значение для дела, какой стороне надлежит их доказывать, выносит обстоятельства на обсуждение, даже если стороны на какие-либо из них не ссылались⁹. Названные процессуальные обязанности суда в действительности помогают лицам, участвующим в деле, в том числе не имеющим высшего юридического образования, совершить необходимые действия для защиты своего права.

Недопустимость ограничений в выборе договорного представителя еще в 2004 г. отмечал Конституционный Суд РФ, признавая противоречащей Конституции РФ ч. 5 ст. 59 АПК РФ, которая закрепляла возможность представления интересов организаций в суде только адвокатам или состоящим в штате лицам. В постановлении отмечалось, что такая норма, по существу, не предъявляет особых требований к качеству предоставляемой юридической помощи и, следовательно, не гарантирует ее надлежащий уровень¹⁰.

Заместителем Председателя Верховного Суда РФ в отставке В. М. Жуйковым также было отмечено отсутствие целесообразности в распространении требования о высшем юридиче-

⁸ См.: Блатова О. Д. Законопроект: оптимизация судопроизводства или отказ от правосудия? // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 2. С. 71—72.

⁹ См.: Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (в ред. от 3 апреля 2018 г.) // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532 ; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (в ред. от 28 декабря 2017 г.) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

¹⁰ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 16 июля 2004 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности части 5 статьи 59 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи

ском образовании представителей на все судопроизводство. Закрепление в КАС РФ такого требования В. М. Жуйков расценивает как преодоление позиции Конституционного Суда РФ, в то время как законодатель, принимая новый закон, не должен оставлять без внимания позиции Конституционного Суда РФ¹¹.

В финансово-экономическом обосновании к законопроекту Верховного Суда РФ, так же как и к проекту П. В. Крашенинникова, говорится, что внесение изменений в процессуальные кодексы не потребует дополнительных финансовых средств, покрываемых за счет бюджета.

В то же время тотальная профессионализация судебного представительства неизбежно потребует дополнительных расходов со стороны государства, в том числе на оплату труда представителей для определенных категорий населения, на обеспечение качества юридической подготовки и др. В упомянутом Коллективном правовом заключении приводится статистика ЕС, согласно которой страны, внедрившие профессиональное представительство и связанную с ним бесплатную юридическую помощь, были вынуждены увеличить расходную часть государственного бюджета в этой сфере на 20 %¹².

Кроме того, в апреле 2018 г. Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека (далее — Совет) на своем специальном заседании, посвященном обеспечению прав человека в ходе совершенствования процессуального законодательства, обсудил рассматриваемый нами проект федерального закона о внесении изменений в процессуальные кодексы. Участие в обсуждении принимали: руководство Совета судей Российской Федерации и Федеральной палаты адвокатов, представители Генеральной

прокуратуры и Министерства юстиции РФ, видные ученые-правоведы и правозащитники. Результатом стали выработанные и одобренные Советом (путем заочного голосования 16 апреля 2018 г.) Рекомендации для Верховного Суда РФ, содержащие в том числе следующее заключение: «Совет подтверждает ранее неоднократно выражавшуюся им позицию о признании правовой и социальной обоснованности оказания юридической помощи в судах не только адвокатами или специалистами с высшим юридическим образованием и рекомендует исключить положение законопроекта, допускающее к участию в качестве представителя в суде по гражданскому делу только лиц с высшим юридическим образованием»¹³. Совет также отмечает, что ограничение права свободного волеизъявления и диспозитивности в правоотношениях представительства не соответствует и не служит конституционно одобряемым целям.

Правительством РФ 2 февраля 2018 г. также было подготовлено заключение № 856п-П4 на проект федерального закона, предложенный Верховным Судом РФ, в котором отмечается, что во избежание нарушения права гражданина на судебную защиту, предусмотренную ч. 1 ст. 46 Конституции РФ, целесообразно рассмотреть вопрос о поэтапном введении института профессионального представительства, начиная с дел, рассматриваемых Верховным Судом РФ, кассационными инстанциями¹⁴.

В качестве доводов, обосновывающих предлагаемые новеллы, можно отметить, что реформирование института судебного представительства, возможно, приведет к повышению престижа профессии юриста, увеличению спроса на получение высшего юридического образования. Профессионализация судебного представительства

с запросами Государственного Собрания — Курултая Республики Башкортостан, Губернатора Ярославской области, Арбитражного суда Красноярского края, жалобами ряда организаций и граждан» // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3282.

¹¹ См.: Жуйков В. М. Так называемая «оптимизация» — это путь в никуда» // Закон. 2018. № 1. С. 8.

¹² См.: Коллективное правовое заключение на законопроект Верховного Суда Российской Федерации ... С. 59.

¹³ Сайт Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека. URL: <http://president-sovet.ru/presscenter/news/read/4577/> (дата обращения: 26 апреля 2018 г.).

¹⁴ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ства, бесспорно, будет полезной для судей, так как гораздо проще общаться в процессе с грамотным специалистом.

В то же время для многих граждан такая реформа станет причиной невозможности в принципе осуществить защиту своего права в судебном порядке, а законодатель должен обеспечивать баланс публичных интересов и прав и законных интересов лица при выборе представителя для защиты своего права в суде, не допуская несоразмерного ограничения как права на судебную защиту, так и права на получение квалифицированной юридической помощи¹⁵.

Если же обратиться к Концепции, предложенной Минюстом РФ, мы увидим, что в переходный период стать адвокатом сможет лицо, оказывающее юридическую помощь, просто пройдя проверку знаний только законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, осуществляемую в форме тестирования. Для не прошедших такую проверку Концепцией допускается повторная сдача. Предлагается предусмотреть возможность сдачи экзамена с использованием удаленного доступа посредством сети Интернет (что, как видно, не позволит достоверно установить лицо, непосредственно проходящее тестирование) и отменить взносы (или установить их необременительный единый размер), уплачиваемые претендентами при вступлении в адвокатуру. Думается, что с такой предельно упрощенной процедурой приобрести статус ад-

воката сможет каждый второй, что отнюдь не будет свидетельствовать о профессионализме указанных лиц.

Таким образом, обнаруживается, что доводов за принятие рассматриваемых изменений в процессуальные кодексы значительно меньше, чем против; в этой связи представляется необходимым более длительное и детальное осмысление подобных законодательных инициатив (затрагивающих права всего общества), обсуждение которых должно проходить с обязательным участием представителей не только практики, но и науки.

Полагаем, что закрепление в процессуальных кодексах нормы, в соответствии с которой для судебного представителя станет обязательным наличие высшего юридического образования (что в дальнейшем, согласно Концепции, и вовсе может стать исключительной прерогативой адвокатов), будет противоречить принципам процессуального права, не приведет к повышению качества оказываемой представителем помощи, а только увеличит требования к ее оплате и ограничит в целом для определенных лиц возможность доступа к правосудию (право на которое гарантируется ч. 1 ст. 46 Конституции РФ). У каждого должен оставаться выбор: идти к адвокату, профессиональному юристу или к лицу, не имеющему высшего юридического образования. Каждый имеет право и должен иметь возможность выбирать.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Блатова О. Д. Законопроект: оптимизация судопроизводства или отказ от правосудия? // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2018. — № 2. — С. 71—72.
2. Жуйков В. М. Так называемая «оптимизация» — это путь в никуда // Закон. — 2018. — № 1. — С. 6—18.
3. Крашенинников П. В. Закон и законотворческий процесс. М. : Статут, 2017. — 160 с.
4. Соловьев А. А. Высшее юридическое образование как обязательное квалификационное требование к судебным представителям // Вестник Арбитражного суда Московского округа. — 2015. — № 3. — С. 98—105.

Материал поступил в редакцию 28 апреля 2018 г.

¹⁵ См.: Соловьев А. А. Высшее юридическое образование как обязательное квалификационное требование к судебным представителям // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2015. № 3. С. 104—105.

PROFESSIONAL REPRESENTATION: ARGUMENTS “PRO” AND “CONTRA”

FOMINA Olga Yurevna, PhD in Law, Lecturer of the Department of Civil and Administrative Court Proceedings of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
voroshilova-olga@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

Abstract. *The article analyzes proposals to reform the institution of judicial representation in terms of legislative consolidation of mandatory provision requiring a representative to have a law degree in the draft federal laws elaborated by the Supreme Court of the Russian Federation (Resolution of the Plenum of the Supreme court of the Russian Federation of October 3, 2017 No. 30) and by Pavel V. Krashenninnikov (draft federal law No. 273154-7 “On implementation of representation of the parties in the courts and on amendments to certain legislative acts”). Also, the paper examines the concept of regulation of the market of professional legal assistance developed by the Ministry of Justice of the Russian Federation. The proposed amendments are evaluated for their necessity and relevance to the constitutional principles. The author substantiates and proves inefficiency of the approach based on giving the possibility to represent the interests in court at the professional level only by persons who have a law degree. Even long-term work experience in legal profession does not always guarantee the possibility of providing qualified legal assistance to represent the interests of individuals and organizations in court.*

Keywords: *legal representation, lawyer, civil procedure, arbitration process, administrative proceedings, qualified legal assistance, law degree, procedural legislation, draft law, principles of procedural law.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Blatova O. D. Zakonoproekt: optimizatsiya sudoproizvodstva ili otkaz ot pravosudiya? // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. — 2018. — № 2. — S. 71—72.*
2. *Zhuykov V. M. Tak nazyvaemaya «optimizatsiya» — eto put' v nikuda // Zakon. — 2018. — № 1. — S. 6—18.*
3. *Krashenninnikov P. V. Zakon i zakonotvorcheskiy protsess. M. : Statut, 2017. — 160 s.*
4. *Solov'ev A. A. Vysshee yuridicheskoe obrazovanie kak obyazatel'noe kvalifikatsionnoe trebovanie k sudebnym predstavityam // Vestnik Arbitrazhnogo suda Moskovskogo okruga. — 2015. — № 3. — S. 98—105.*

Совершенствование уголовного законодательства в области борьбы с коррупцией

Аннотация. В статье рассматривается действующее законодательство, направленное на борьбу с коррупцией. Отдельного внимания удостоиваются преступления, чей удельный вес среди преступлений коррупционной направленности является подавляющим. К ним, в частности, относятся ст. 290 «Получение взятки», 291 «Дача взятки», 204 «Коммерческий подкуп» Уголовного кодекса Российской Федерации. Уделяется внимание и относительно новым составам преступлений, предусматривающим ответственность за преступления коррупционной направленности, а именно ст. 291.1 «Посредничество во взяточничестве», 291.2 «Мелкое взяточничество», 204.1 «Посредничество в коммерческом подкупе» и 204.2 «Мелкий коммерческий подкуп» УК РФ. Анализируются также международные нормативные акты, регулирующие борьбу с коррупцией, особенно Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции. На основании проведенного анализа вышеуказанных норм авторами приводятся доводы о необходимости внесения изменений в действующее законодательство, в том числе с целью приведения его в соответствие с международными нормативными правовыми актами.

Ключевые слова: уголовное право, коррупция, преступность, взяточничество, посредничество во взяточничестве, посредничество в коммерческом подкупе, мелкое взяточничество, мелкий коммерческий подкуп, уголовный закон, изменения в уголовном законодательстве.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.102-109

В рамках уголовного законодательства самыми распространенными преступлениями коррупционной направленности являются ст. 290 «Дача взятки», 291 «Получение взятки»,

204 «Коммерческий подкуп» УК РФ. Все вышеперечисленные преступления входят в определение понятия «коррупция», имеющееся в ст. 1 Федерального закона от 25.12.2008 № 273-ФЗ

© Голубых Н. В., Лепихин М. О., 2019

* Голубых Никита Владимирович, кандидат юридических наук, доцент, полковник полиции, начальник кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права Уральского юридического института МВД России
ngolubykh2@mvd.ru

620057, Россия, г. Екатеринбург, ул. Корепина, д. 66

** Лепихин Максим Олегович, адъюнкт адъюнктуры Уральского юридического института МВД России, старший лейтенант полиции
mllepikhin@list.ru

620057, Россия, г. Екатеринбург, ул. Корепина, д. 66

«О противодействии коррупции»¹. В целом понятие коррупции, согласно имеющемуся в законе определению, содержит в себе гораздо более широкий перечень преступлений. Дополнительно следует отметить относительно новые составы преступлений, относящиеся к коррупционным. К таким составам относятся: ст. 291.1 «Посредничество во взяточничестве», ст. 291.2 «Мелкое взяточничество», ст. 204.1 «Посредничество в коммерческом подкупе», ст. 204.2 «Мелкий коммерческий подкуп» УК РФ.

Хотелось бы остановиться именно на новых составах преступлений, т.к. их введение существенно повлияло на вопросы квалификации коррупционных преступлений.

Из всех вновь введенных составов хронологически первым стал состав преступления, предусмотренного ст. 291.1 «Посредничество во взяточничестве» УК РФ.

С одной стороны, до введения данной статьи действия посредника квалифицировались как соучастие в даче или получении взятки со ссылкой на ч. 5 ст. 33 УК РФ, т.е. квалифицировались как пособничество. Фактический посредник признавался пособником в даче или получении взятки в зависимости от того, с чьей стороны исходила инициатива совершения преступления и, соответственно, вовлечения в него посредника. Таким образом, в случае передачи предмета взятки посредником по поручению взяткодателя действия посредника следовало квалифицировать по ч. 1 ст. 291, ч. 5 ст. 33 УК РФ. В случае же получения взятки от лица взяткополучателя и по его просьбе или указанию содеянное следовало квалифицировать как ч. 1 ст. 290, ч. 5 ст. 33 УК РФ.

С введением ст. 291.1 УК РФ мнения ученых-правоведов разделились. Одним из главных вопросов квалификации посредничества во взяточничестве стало указание на значительный размер передаваемого предмета взятки. Какова была действительная необходимость указания такого размера? При сравнении с другими нормами уголовного права можно провести

аналогию, когда в случае невыполнения обязательного указания на закрепленный в норме статьи размер или причиненный вред наступает не уголовная, а административная ответственность. В качестве примера можно привести ст. 158 УК РФ и 7.27 КоАП РФ. В первом случае при сумме хищения более 2 500 руб. наступает уголовная ответственность, но, если сумма хищения не превышает 2500 руб., лицо подлежит административной ответственности по ст. 7.27 КоАП РФ.

Однако законодательство не стоит на месте и с учетом изменений, внесенных в УК РФ в июле 2016 г., за совершение повторного мелкого хищения лицо, уже привлеченное к административной ответственности по ст. 7.27 КоАП РФ, подлежит уголовной ответственности по ст. 158.1 «Мелкое хищение, совершенное лицом, подвергнутым административному наказанию» УК РФ. Такой подход законодателя вносит весьма существенное разнообразие в возможности правового воздействия на лицо, систематически совершающее мелкое хищение, а также вносит определенную дифференциацию ответственности за хищение.

В случае с посредничеством во взяточничестве дело обстоит немного иначе. Не совсем ясна мотивация законодателя при указании значительного размера взятки. Отдельной нормы, предусматривающей ответственность за посредничество во взяточничестве при незначительном размере предмета взятки, ни в Уголовном кодексе, ни в Кодексе об административных правонарушениях нет. Как в таком случае надлежит квалифицировать действия посредника?

Для начала хотелось бы разобраться в некоторых причинах, которые сподвигли законодателя к принятию данной статьи. Ряд ученых-правоведов придерживается мнения, что посредничество во взяточничестве не в полной мере охватывается понятием пособничества, содержащимся в ч. 5 ст. 33 УК РФ². В указанной статье говорится, что пособником признается лицо, содействовавшее совершению преступле-

¹ СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6228.

² Белов С., Чекмачева Н. Уголовное преследование за посредничество во взяточничестве // Законность. 2011. № 10. С. 42.

ния советами, указаниями, предоставлением информации, средств или орудий совершения преступления либо устранением препятствий, а также лицо, заранее обещавшее скрыть преступника, средства или орудия совершения преступления, следы преступления либо предметы, добытые преступным путем, а равно лицо, заранее обещавшее приобрести или сбыть такие предметы.

Если рассматривать фактическую функцию посредника в процессе дачи или получения взятки, то его роль может заключаться в так называемом физическом или интеллектуальном посредничестве.

В случае с интеллектуальным посредничеством посредник может оказывать всяческую посильную помощь, т.е. предоставлять свои банковские счета для перевода денежных средств, служить в качестве оператора при их переводе и т.д. В данном случае действия посредника вполне можно квалифицировать как пособничество, что уже создает конфликт двух норм.

При физическом посредничестве посредник выполняет исключительно физическую функцию по перемещению предмета взятки в пространстве. Посредник может не составлять и не разрабатывать никаких планов, не предоставлять какой-либо информации участникам преступного сговора, а лишь выполнять распоряжения, отдаваемые представителем одной из сторон. Такие действия посредника нельзя в полной мере приравнять к пособничеству, т.к. ни средств, ни орудий преступления он не предоставляет, а фактически предоставляет свои услуги. В таком случае его действия частично схожи с ролью соисполнителя, но соисполнителем дачи взятки, а тем более ее получения, он быть не может.

Некоторые ученые считают, что указание на значительный размер предмета взятки неслучайно и лицо, передававшее взятку, размер которой не является значительным, вообще не подлежит уголовной ответственности, т.к. нор-

мы, предусматривающей ответственность за такое деяние, нет³.

Иного мнения придерживаются авторы, считающие, что действия лица, передавшего взятку, размер которой не превышает значительный размер, необходимо квалифицировать, как и ранее, со ссылкой на ч. 5 ст. 33 УК РФ⁴.

Хотелось бы отметить, что судебная практика по уголовным делам подобного рода идет по второму пути. Такая позиция вполне ясна, т.к. фактически лицом совершается уголовно наказуемое деяние, ответственность за которое присутствовала и до введения ст. 291.1 УК РФ, и освобождение лица от уголовной ответственности в сложившейся ситуации как минимум нарушает принцип равенства граждан перед уголовным законом.

В связи с вышеизложенным хотелось бы отметить, что указание на значительный размер взятки в диспозиции ст. 291.1 УК РФ вносит разлад в вопрос квалификации такого уголовно наказуемого деяния, как посредничество во взяточничестве. При значительном размере передаваемой взятки посредник несет ответственность как исполнитель отдельного преступления, а в случае, когда размер взятки значительным не является, — как соучастник преступления. Уголовная ответственность в этих случаях наступает разная. Во втором случае посредник, скорее всего, понесет гораздо более мягкое наказание за совершение фактически тех же самых действий. Более того, фактический размер передаваемой взятки может быть посреднику и неизвестен.

Как в таком случае квалифицировать деяние посредника? Лицо, осведомленное о требовании значительного размера взятки для наличия в его действиях состава ст. 291.1 УК РФ, в рамках рассмотрения уголовного дела будет настаивать на том, что оно не было осведомлено о размере взятки, даже при условии, что размер передаваемой взятки фактически был значительным. В таком случае, исходя из принципа вины и при

³ *Рарог А. И.* Актуальные проблемы уголовного права // Всероссийский криминологический журнал. 2014. № 2. с. 95.

⁴ *Капинус О. С.* Изменения в законодательстве о должностных преступлениях: вопросы квалификации и освобождения взяткодателя от ответственности // Уголовное право. 2011. № 2. С. 23.

отсутствии каких-либо доказательств, опровергающих утверждения посредника, его действия следует квалифицировать как пособничество во взяточничестве, что значительно снижает его ответственность.

По нашему мнению, из диспозиции ст. 291.1 УК РФ следует исключить указание на значительный размер передаваемого предмета взятки. Данная мера позволит уравнивать ответственность посредников, которых ложно признают виновными как пособников в совершении дачи или получения взятки с целью недопущения их освобождения от уголовной ответственности, и существенно облегчит процедуру их привлечения к уголовной ответственности.

Несовершенство ст. 291.1 УК РФ также видится нам и в ч. 5 данной статьи, а именно в формулировке диспозиции указанной части: «Обещание или предложение посредничества во взяточничестве». По нашему мнению, само внесение в УК РФ нормы, предусматривающей ответственность за обещание или предложение посредничества во взяточничестве, нарушает принципы уголовной ответственности.

Согласно ч. 2 ст. 30 УК РФ уголовная ответственность наступает за приготовление только к тяжкому и особо тяжкому преступлению. Само по себе посредничество во взяточничестве в простой его форме является преступлением средней тяжести, т.к. максимальный срок наказания в виде лишения свободы за него составляет 4 года, поэтому за приготовление к такому преступлению уголовная ответственность наступать не может. Часть 5 ст. 291.1 УК РФ, в свою очередь, предусматривает наказание до 7 лет лишения свободы, тем самым подпадая под категорию тяжких преступлений, и, по существу, образует абсолютно новый состав преступления. Аналогии с данной статьей в действующем УК РФ найти непросто (за исключением ч. 5 ст. 204.1 УК РФ). Норма с особо квалифицированным составом, предусматривающая более тяжкое наказание лишь за обещание или предложение совершения преступления, указанного в ч. 1 все той же статьи.

По нашему мнению, в такой ситуации полностью нарушается принцип справедливости уголовного наказания. За фактическое совершение

преступления лицо может понести меньшее наказание, чем за обещание или предложение его совершения. Не говоря уже о том, что возникает вопрос квалификации в случае обещания или предложения посредничества во взяточничестве в незначительном размере. Исходя из логики законодателя, посредничество во взяточничестве, совершенное по предварительному сговору с одной из сторон дачи/получения взятки, следует квалифицировать как совершение двух преступлений, а именно по ч. 5 и ч. 1 ст. 291.1 УК РФ. В связи с вышеизложенным мы считаем, что ч. 5 из состава ст. 291.1 УК РФ необходимо исключить.

Все вышеперечисленные проблемы в полной мере распространяются и на ст. 204.1 УК РФ, в связи с тем что статья абсолютно шаблонно была списана с введенной ранее ст. 291.1 УК РФ.

Отдельного разговора требуют и ст. 291.2 и 204.2 УК РФ, предусматривающие ответственность за мелкое взяточничество и мелкий коммерческий подкуп соответственно.

В пояснительной записке к закону, вносящему в состав УК РФ данные статьи, необходимость таких изменений объясняется тем, что в последнее время размер предмета взятки или коммерческого подкупа не превышает 10 000 руб. В связи с чем законодатель счел необходимым введение нормы, предусматривающей более щадящую ответственность за взяточничество и коммерческий подкуп в незначительном (до 10 000 руб.) размере.

Указанное основание видится нам не вполне обоснованным. Согласно принципу справедливости, изложенному в ч. 1 ст. 6 УК РФ, наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, то есть соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного. Исходя из вышеуказанного принципа, лица, совершившие менее общественно опасное деяние, должны нести более щадящее наказание, чем лица, совершившие преступление с более высокой степенью общественной опасности. В обозначении каких-либо размеров передаваемого предмета взятки в данном случае нет никакой необходимости.

Возникает также вопрос о квалификации все того же посредника в мелком взяточничестве или коммерческом подкупе. Указание на обязательный значительный размер предмета взятки при посредничестве во взяточничестве или коммерческом подкупе исключает квалификацию действий посредника как посредничество в мелком взяточничестве или мелком коммерческом подкупе. Содеянное посредником следует квалифицировать как действия пособника, со ссылкой на ч. 5 ст. 33 УК РФ (что, опять же, доказывает несостоятельность указания на значительный размер взятки в диспозиции ст. 291.1 УК РФ).

По нашему мнению, необходимости вносить ст. 291.2 и 204.2 в Уголовный кодекс РФ не было, т.к. действия, ответственность за которые они предусматривают, были наказуемы и ранее.

Основной целью любой коррупционной деятельности является личное обогащение или извлечение иной личной выгоды. Должностные лица, совершающие коррупционные преступления, считают свое материальное состояние недостаточным для занимаемого ими места в обществе. Так или иначе, каждый коррупционер сталкивается с проблемой хранения и использования доходов, нажитых преступным путем.

Антикоррупционное законодательство, в свою очередь, также развивается и со временем разрабатываются все новые и новые способы изобличения лиц, занимающихся коррупцией.

Федеральный закон «О противодействии коррупции» содержит ряд норм, направленных на усиление контроля за должностными лицами, чья деятельность сопровождается высоким риском коррупционных проявлений. Так, согласно ст. 8 этого Закона, определенные перечнем лица обязаны подавать сведения о своих доходах, расходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, а также о доходах, расходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей. Эта мера позволяет отслеживать соответствие затрат доходам должностных лиц.

Следует отметить, что данная мера была введена в соответствии с требованиями Конвенции

Организации Объединенных Наций «Против коррупции», принятой Генеральной Ассамблеей ООН 31 октября 2003 г.

Предоставление должностными лицами сведений о своих доходах, расходах и об имуществе, а также официальное опубликование этих сведений для всеобщего ознакомления с ними позволяет в какой-то мере ограничить возможность накопления имущества, нажитого незаконным путем. Но тем не менее встречаются случаи владения должностными лицами (или их близкими родственниками) движимым и недвижимым имуществом, стоимость которого значительно превосходит доходы данных должностных лиц.

В настоящее время часть имущества, происхождение финансов на приобретение которого лицо доказать не имеет возможности, может быть изъята в пользу государства.

По нашему мнению, данные меры недостаточны для поддержания адекватного уровня противодействия коррупции. Наличие у должностного лица имущества, значительно (т.е. в несколько раз) превышающего законные доходы, и отсутствие у него возможности доказать законный характер происхождения такого имущества косвенно, но все же может свидетельствовать о вовлечении данного лица в коррупционную деятельность.

В статье 20 Конвенции ООН «Против коррупции» говорится, что при условии соблюдения своей конституции и основополагающих принципов своей правовой системы каждое государство-участник рассматривает возможность принятия таких законодательных и других мер, какие могут потребоваться, с тем чтобы признать в качестве уголовно наказуемого деяния, когда оно совершается умышленно, незаконное обогащение, т.е. значительное увеличение активов публичного должностного лица, превышающее его законные доходы, которое оно не может разумным образом обосновать.

В настоящее время УК РФ не предусматривает ответственности, о которой говорится в Конвенции. В связи с этим можно сделать вывод, что международные нормы, направленные на борьбу с коррупцией, в Российской Федерации реализуются не полностью.

С целью реализации ст. 20 Конвенции ООН «Против коррупции» в Государственную Думу РФ 24 апреля 2017 г. был внесен законопроект № 157763-7 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части введения понятия незаконного обогащения и иных мер, направленных на противодействие коррупции». В части 3 ст. 1 данного законопроекта предлагается дополнить Уголовный кодекс РФ статьей 290.1 «Незаконное обогащение», в которой незаконное обогащение определяется как «значительное превышение стоимости активов должностного лица над размером законных доходов такого лица».

Данный законопроект был отклонен, и, по нашему мнению, небезосновательно.

Изложенная в законопроекте диспозиция ст. 290.1 УК РФ, на наш взгляд, является весьма узкой и не совсем корректно сформулированной.

Уголовная ответственность за незаконное обогащение должна наступать лишь в том случае, когда лицо не может доказать законность происхождения принадлежащего ему имущества и стоимость его имущества значительно превышает его доходы за определенный период.

В статье не говорится о сроках, сумма дохода за которые не покрывает стоимость имущества. Вполне вероятна ситуация, когда лицо долгое время откладывает честно заработанные деньги и спустя какое-то время приобретает имущество, превышающее его доход за год. По нашему мнению, считать данный поступок уголовно наказуемым неправильно.

Также сомнительными видятся положения ч. 2 примечания к указанной статье, в которой говорится, что должностными лицами в настоящей статье признаются лица, обязанные в соответствии с законодательством Российской Федерации представлять представителю нанимателя (работодателю) сведения о своих доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера.

Данное понимание термина «должностное лицо» расходится с уже имеющимся в УК РФ определением. В части 1 примечания к ст. 285

УК РФ говорится о том, что должностными лицами в статьях настоящей главы признаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, государственных корпорациях, государственных компаниях, государственных и муниципальных унитарных предприятиях, акционерных обществах, контрольный пакет акций которых принадлежит Российской Федерации, субъектам Российской Федерации или муниципальным образованиям, а также в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации.

Хотелось бы отметить, что не все должностные лица, указанные в примечании к ст. 285 УК РФ, обязаны подавать сведения о своих доходах, расходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера.

В связи с этим введение в УК РФ статьи в том виде, в котором она предлагалась в законопроекте, могло вызвать противоречия при привлечении должностных лиц к уголовной ответственности. Лица, не обязанные подавать сведения о своих доходах, расходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, но являющиеся должностными лицами в соответствии с определением, изложенным в примечании к ст. 285 УК РФ, к уголовной ответственности за незаконное обогащение быть привлечены не могут.

Также перечень лиц, обязанных подавать сведения о своих доходах, расходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, периодически меняется и регулируется не на законодательном уровне, а на уровне подзаконных нормативных правовых актов. В связи с этим складывается ситуация, когда субъект преступления определяется не Уголовным кодексом РФ, а подзаконными актами.

По нашему мнению, Уголовный кодекс РФ все же необходимо дополнить статьей, предусматривающей ответственность за незаконное обогащение, но в формулировке, отличающейся

от изложенной в законопроекте. Введение данной нормы послужит весомым рычагом воздействия на должностных лиц, аккумулирующих в своей собственности огромные капиталы, происхождение которых не всегда прозрачно и законно.

В связи с внесением таких изменений, естественно, необходимо будет внести изменения и в ряд других законодательных актов.

Изменениям необходимо будет подвергнуть также Федеральный закон «О противодействии коррупции»: пп. «а» п. 1 ст. 1 после слов «коммерческий подкуп» необходимо будет дополнить словами «незаконное обогащение». Это позволит ужесточить ответственность должностных лиц, а также послужит весомой мерой профилактики коррупционных преступлений в будущем.

Подводя итоги, хотелось бы отметить, что коррупция в настоящее время широко распространена в различных слоях государственной власти. Об этом говорят все более громкие дела по выявлению фактов взяточничества тех или иных государственных служащих. Сложившаяся ситуацию необходимо менять. Для этого нами предлагается целый ряд законодательных изменений, направленных на улучшение законодательного регулирования ответственности за коррупционные преступления. Данные изменения носят не только теоретический, но и практический характер.

Внесение изменений в ст. 204.1 и 291.1 УК РФ и исключение из диспозиций частей 1 данных

статей указания на значительный размер предмета взятки позволит расширить круг лиц, привлекаемых к уголовной ответственности по данным статьям, а также снимет некоторые проблемные вопросы квалификации.

Исключение из состава Уголовного кодекса РФ ст. 204.2 и 291.2 позволит, пусть и не в значительной степени, избавить уголовный закон от дробления одной и той же статьи по различным отличительным признакам, и без того входящим в основной состав уголовно-правовой нормы.

Внесение в УК РФ статьи, предусматривающей ответственность за незаконное обогащение, позволит ужесточить ответственность должностных лиц, склонных к коррупционным преступлениям. Также данная мера позволит воздействовать на должностных лиц, намеревавшихся или намеревающихся участвовать в каких-либо коррупционных схемах. Более строгий контроль за имуществом должностных лиц позволит если не исключить, то существенно усложнить процесс аккумуляции у указанных лиц имущества и средств, добытых незаконным путем.

В заключение хотелось бы добавить, что вся коррупционная деятельность направлена на извлечение личной материальной выгоды, поэтому ограничение возможности коррупционеров владеть и распоряжаться имуществом, добытым преступным путем, должно существенно снизить желание должностных лиц быть вовлеченными в данную деятельность.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Белов С., Чекмачева Н. Уголовное преследование за посредничество во взяточничестве // Законность. — 2011. — № 10. — С. 41—44.
2. Капинус О. С. Изменения в законодательстве о должностных преступлениях: вопросы квалификации и освобождения взяткодателя от ответственности // Уголовное право. — 2011. — № 2. — С. 21—26.
3. Рарог А. И. Актуальные проблемы уголовного права // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. — 2014. — № 2. — С. 90—95.

Материал поступил в редакцию 13 апреля 2018 г.

IMPROVEMENT OF CRIMINAL LAWS IN THE FIELD OF COMBATING CORRUPTION

GOLUBYKH Nikita Vladimirovich, PhD in Law, Associate Professor, Police Colonel, Head of the Department of Criminology and Penal Law of the Ural Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia
ngolubykh2@mvd.ru
620057, Russia, Ekaterinburg, ul. Korepina, d. 66

LEPIKHIN Maksim Olegovich, Associate Adjunct of the Ural Law Institute of the Ministry of the Internal Affairs of Russia, Senior Police Lieutenant
mlepikhin@list.ru
620057, Russia, Ekaterinburg, ul. Korepina, d. 66

Abstract. *The article scrutinizes the current legislation aimed at combating corruption. Special attention is paid to crimes the number of which among corruption-related crimes is overwhelming. These include, in particular, Art. 290 "Bribe-taking", 291 "Bribe-giving", 204 "Commercial bribery" of the Criminal code of the Russian Federation. Also, attention is paid to relatively new offences providing for liability for crimes of corruption, namely: Article 291.1 "Bribery facilitation," 291.2 "Petty bribery," 204.1 "Commercial bribery facilitation" and 204.2 "Petty commercial bribery" of the Criminal Code. The paper analyzes international instruments governing the fight against corruption, especially the United Nations Convention Against Corruption. Based on the analysis of the above norms, the authors argue the need to amend the current legislation, inter alia, in order to bring it in line with international instruments.*

Keywords: *criminal law, corruption, crime, bribery, bribery facilitation, commercial bribery facilitation, petty bribery, petty commercial bribery, criminal law, changes in criminal law.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Belov S., Chekmacheva N. Uголовное преследование за посредничество во взяточничестве // *Zakonnost'*. — 2011. — № 10. — С. 41—44.
2. Kapinus O. S. Izmeneniya v zakonodatel'stve o dolzhnostnykh prestupleniyakh: voprosy kvalifikatsii i osvobozhdeniya vzyatkodatelya ot otvetstvennosti // *Uголовное право*. — 2011. — № 2. — С. 21—26.
3. Rarog A. I. Aktual'nye problemy uголовного prava // *Kriminologicheskiy zhurnal Baykal'skogo gosudarstvennogo universiteta ekonomiki i prava*. — 2014. — № 2. — С. 90—95.

М. А. Желудков*,
В. Н. Чернышов**,
М. Н. Кочеткова***

Уголовно-правовые проблемы при определении объекта преступлений в сфере интеллектуальной собственности

Аннотация. В настоящее время, в связи с бурным развитием информационных технологий, возникла насущная потребность в защите общественных отношений собственности от преступлений в интеллектуальной сфере. Отсутствие законодательно закрепленного или нашего поддержки научного сообщества понятийного аппарата в данном аспекте создает трудности при определении соотношений понятий «имущество», «собственность», «интеллектуальная собственность» и «право собственности», что впоследствии предопределяет отнесение деяний к разным объектам уголовно-правовой охраны. В статье исследуется комплекс актуальных вопросов, связанных с обеспечением защиты от преступлений в сфере интеллектуальной собственности в России, анализом соотношения преступлений против собственности и преступлений, затрагивающих интеллектуальную собственность, исследованием особенностей их объектов уголовно-правовой охраны.

Ключевые слова: собственность, интеллектуальная собственность, объект защиты от преступлений, авторские права, результаты интеллектуальной деятельности, средства индивидуализации, имущественный объект.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.110-118

© Желудков М. А., Чернышов В. Н., Кочеткова М. Н., 2019

* Желудков Михаил Александрович, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права и прикладной информатики в юриспруденции Юридического института Тамбовского государственного технического университета

kandydat1@yandex.ru

Россия, 392000, г. Тамбов, ул. Советская, д.116

** Чернышов Владимир Николаевич, доктор технических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права и прикладной информатики в юриспруденции Юридического института Тамбовского государственного технического университета

elters@crimeinfo.jesby.tstu.ru

392000, Россия, г. Тамбов, ул. Пензенская, д. 5, кв. 17

*** Кочеткова Мария Николаевна, старший преподаватель кафедры уголовного права и прикладной информатики в юриспруденции Юридического института Тамбовского государственного технического университета

mariankochetkova@gmail.com

392000, Россия, г. Тамбов, ул. Ленинградская, д. 3а

В 2018 г. прошло три года с момента утверждения Стратегии национальной безопасности Российской Федерации, где главными приоритетами обеспечения государственной и общественной безопасности были заявлены «мероприятия по усилению роли государства в качестве гаранта безопасности личности и прав собственности, совершенствованию правового регулирования предупреждения преступности (в том числе в информационной сфере)»¹.

Анализ подобных документов показывает, что собственность, в том числе интеллектуальная, не только представляет собой объект гражданско-правовой сферы отношений, но и защищается на уровне национальной безопасности Российского государства. С учетом поставленной задачи правоохранным органам необходимо иметь четкие научные и методические разъяснения при квалификации по всем элементам состава преступлений в сфере интеллектуальной собственности. Однако в рамках только уголовно-правового обеспечения такие вопросы решить сложно. Понятие интеллектуальной собственности в уголовном праве не нашло своего закрепления, поэтому правоохранные органы неизбежно обращаются к нормам гражданского, коммерческого, финансового, таможенного и иных отраслей права. Но и в положениях этих отраслей права отсутствует единство нормативно-правового регулирования по поводу таких определений, как «имущество», «собственность», «интеллектуальная собственность» и «право собственности».

При расследовании преступлений в информационной сфере неизбежно возникают обоснованные вопросы, каким образом соотносятся преступления против собственности и преступления, затрагивающие интеллектуальную собственность, возможно ли их объединить под единым объектом уголовно-правовой охраны, каким образом будут защищены носители материального воплощения интеллектуальных

объектов (компьютерная флеш-память, картины, книги, иные произведения культуры и искусства)?

Не следует забывать и о том, что государство на уровне конституционных положений закрепило защиту интеллектуальной собственности от различных угроз, о чем явно свидетельствует ст. 44 Конституции РФ: «Каждому гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания. Интеллектуальная собственность охраняется законом».

Предполагаем, что нельзя только продекларировать охрану собственности. При создании программы, системы или концепции соответствующих мероприятий следует разработать единый понятийный образ как для науки, так и для правоохранных органов. «Дать надлежащую форму, определяющую термин, — это иногда может иметь значение не меньшее, чем иное даже серьезное открытие»².

Ключевое понятие для нашего исследования находим в гражданском законодательстве: «Результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), являются...» В этом суждении законодатель уравнивает результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, представляя именно их объектами гражданско-правового регулирования в интеллектуальной сфере. Связующим элементом данных понятий является «собственность», которую также принято считать объектом уголовно-правовой защиты. Собственность является объектом преступлений против собственности. Поэтому, прежде чем принимать решение о соотношении объектов преступлений в интеллектуальной сфере и объектов преступлений по другим видам собственности, изучим содержательный аспект понятия «собственность».

¹ О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации (принята Указом Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683) // URL: <http://www.constitution.ru> (дата обращения: 21.11.2017).

² Полянский Н. Н. О терминологии советского закона // Проблемы социалистического права. 1938. № 5. С. 132.

В энциклопедическом словаре собственность определяется как «исторически развивающиеся общественные отношения, которые характеризуют распределение (присвоение) вещей как элементов материального богатства общества между различными лицами (отдельными индивидами, социальными группами, государством). Совокупность вещей, принадлежащих данному субъекту (собственнику), составляет объект собственности, то есть имущество соответствующего лица, поэтому отношения собственности называют также имущественными отношениями. Будучи законодательно урегулированы государством, они приобретают форму права собственности»³.

«С точки зрения лексической семантики в русском языке собственность понимается как принадлежность кого/чего-нибудь кому/чему-нибудь с правом распоряжения, право собственности»⁴.

Основным элементом собственности выделена вещь — «предмет физического мира, могущий быть чьей-нибудь собственностью (право)»⁵.

В частности, для экономических отношений вещь представляет собой «предмет внешнего (материального) мира, находящийся в естественном состоянии в природе или созданный трудом человека»⁶, где «одна сторона обязана совершить в пользу другой стороны определенные действия или воздержаться от определенных действий»⁷.

От одной вещи переходим к их совокупности, то есть к имуществу.

В зависимости от изучаемой научной сферы под имуществом понимается:

«1) совокупность вещей и материальных ценностей, состоящих прежде всего в собственности лица (физического или юридического), государства или муниципального образования либо принадлежащих организации на праве хозяйственного ведения или оперативного управления. В состав И. входят также деньги и ценные бумаги;

2) совокупность вещей и имущественных прав на получение вещей или имущественного удовлетворения от других лиц (актив);

3) совокупность вещей, имущественных прав и обязанностей, которые характеризуют имущественное положение их носителя (актив и пассив)»⁸.

Согласно другим определениям имуществом принято считать:

«1) материальные ценности, вещи, находящиеся во владении юридических и физических лиц; различают движимое, перемещаемое имущество и недвижимое в виде земли и прикрепленных к ней объектов;

2) имущественные права и обязанности юридических и физических лиц, например наследственное имущество, имущество, находящееся на балансе предприятия, ответственность за охрану имущества»⁹.

³ Большая советская энциклопедия // URL: <http://gatchina3000.ru/great-soviet-encyclopedia/bse/103/754.htm> (дата обращения: 21.11.2017) ; Желудков М. А. Развитие системы криминологического обеспечения защиты личности и общества от корыстных преступлений против собственности : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С. 102.

⁴ Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. 16-е изд., испр. М. : Рус. яз., 1984 ; Желудков М. А. Развитие системы криминологического обеспечения защиты личности и общества ... С. 102.

⁵ Толковый словарь Д. Н. Ушакова 1935—1940 гг. // URL: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/ushakov/756734/ВЕЩЬ> (дата обращения: 05.11.2017).

⁶ Словарь финансовых терминов // URL: http://dic.academic.ru/dic.nsf/fin_enc/12350 (дата обращения: 05.11.2017).

⁷ Большой экономический словарь / под ред. А. Н. Азрилияна. 5-е изд., доп. и перераб. М. : Институт новой экономики, 2002.

⁸ Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева. 3-е изд., доп. и перераб. М. : Инфра-М, 2007.

⁹ Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б. Современный экономический словарь. 2-е изд., испр. М. : Инфра-М, 1999.

В Толковом словаре Д. Н. Ушакова: «Имущество — совокупность находящихся в чьем-нибудь владении вещей и различных ценностей, имеющих значение в хозяйственном обороте (юр.)»¹⁰.

В этих и других, не представленных в статье определениях явно прослеживается соотношение частного и общего, где вещь считается только одним из составляющих элементов имущества. С учетом подобной связи предположим, что вещная категория охватывается имуществом содержанием объекта собственности.

Однако связь собственника с имуществом или отдельной вещью не может существовать без правового закрепления, что отражено в ст. 209 ГК РФ: «Собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом».

«Владение — это реальная свобода господства лица над вещью и другими объектами имущества, где лицо считает вещь и эти объекты своим имуществом и имеет желание сохранить их за собой и обращаться с ними по собственному усмотрению.

Пользование — это потребление полезных свойств от имущества в зависимости от его предназначения. Пользователь принимает от владельца или распорядителя право на получение определенных благ от имущества на определенный период и в строго установленных правовых границах. Границы пользования определяются законом, договорами или иными правовыми основаниями. Законное пользование имеет способы защиты от негативных воздействий, например путем предъявления иска об устранении препятствий в пользовании.

Распоряжение — одно из более широких полномочий собственника, позволяющее ему по собственному усмотрению совершать лю-

бые действия в отношении принадлежащего ему имущества, если эти действия не противоречат нормам права и не нарушают охраняемые интересы других лиц. Распорядитель имеет право отчуждать свое имущество другим лицам (продавать, менять, дарить и др.), передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог, распоряжаться им иным образом»¹¹.

Право создает внешние основы для взаимодействия различных участников общественных отношений собственности, в том числе при совершении преступных деяний. Похищая вещь, преступник посягает на имущественные общественные отношения, но при этом нарушается именно право на владение, пользование или распоряжение вещью.

«Правовая природа собственности следует экономической, право опосредует и закрепляет экономические и гражданско-правовые отношения собственности. Не общественные отношения собственности сами по себе, а право, которое выражается в виде совокупности правовых норм и закрепляет определенное правило поведения с имуществом или конкретной вещью, должно выступать в виде объекта уголовно-правовой охраны»¹².

Однако интеллектуальные объекты материального и нематериального мира специфичны, что не может не отразиться на их уголовно-правовом регулировании.

Например, в ст. 183 УК РФ закреплены аспекты уголовно-правовой охраны «ноу-хау», где термины «коммерческая тайна» и «секрет производства» представляются в виде синонимов¹³.

Среди различных мнений ученых по вопросу определения объектов преступлений в сфере интеллектуальной собственности выделим точку зрения Р. О. Долотова, который относит

¹⁰ Толковый словарь Д. Н. Ушакова 1935—1940 гг.

¹¹ Желудков М. А. Развитие системы криминологического обеспечения защиты личности и общества ... С. 105—107.

¹² Желудков М. А. Общее понятие об объекте уголовно-правовых отношений при обеспечении защиты собственности // Современное право. 2017. № 7. С. 90.

¹³ Крянин С. М. Уголовно-правовая охрана секретов производства (ноу-хау) : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2009. С. 37.

к этим преступлениям деяния, предусмотренные ст. 146, 147, 180, 183 УК РФ¹⁴.

Предлагается также разделить их на две основные группы:

«1) посягающие только на объекты интеллектуальной собственности (ст. 146, 147, 180 УК РФ);

2) посягающие на различные объекты собственности (ст. 272—274, 183 УК РФ).

Преступления второй группы в ряде случаев посягают на объекты интеллектуальной собственности частично (при наличии в деянии идеальной совокупности)»¹⁵.

Попробуем разобраться в вопросе определения такого объекта защиты на примере ст. 146 УК РФ.

В литературе находим суждение о том, что «в качестве основного непосредственного объекта преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ, следует выделять общественные отношения, возникающие в связи с реализацией гражданами права на свободу творчества. Дополнительным объектом определена честь и деловая репутация автора. Собственность на произведения литературы, науки, искусства рассматривается в качестве предмета этих преступлений»¹⁶. Интересное предположение с точки зрения правового содержания интеллектуальной сферы, но спорное по отнесению собственности только к предметам преступления.

Согласно другим мнениям, «непосредственным объектом преступлений, указанных в ст. 146 УК РФ, являются общественные отно-

шения, возникающие в процессе реализации личных неимущественных и имущественных прав авторов»¹⁷. Таким образом, предлагается задействовать не только вещное, но и обязательственное право.

Приведем еще несколько соображений по данному вопросу без их индивидуального анализа.

В частности, «объектом рассматриваемых преступлений признаются общественные отношения и интересы, связанные с реализацией конституционного положения об охране интеллектуальной собственности (ст. 44 Конституции РФ)»¹⁸.

Некоторые ученые считают, что «родовой и видовой объект преступлений против авторских прав совпадают, им являются отношения по поводу владения, пользования и распоряжения интеллектуальной собственностью»¹⁹.

Интересны суждения об имущественных правах правообладателя авторских и смежных прав, где предлагается уголовно-правовые деяния, связанные с присвоением авторства, отнести к разд. VIII «Преступления в сфере экономики»²⁰.

Делается также вывод о том, что «под основным объектом присвоения авторства предлагается понимать общественные отношения, возникающие по поводу реализации гражданином личного неимущественного права на свободу его творческой деятельности. Основным объектом преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, являются общественные

¹⁴ Дологов Р. О. Механизм уголовно-правового регулирования в сфере преступных посягательств на объекты интеллектуальной собственности : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009. С. 48.

¹⁵ Ларичев В. Д., Терещенко Б. Л. Предупреждение преступлений, посягающих на интеллектуальную собственность : науч.-практ. пособие. М. : Альфа-Пресс, 2006. С. 168.

¹⁶ Лопатин В. Н., Дорошков В. В. Защита интеллектуальной собственности. Актуальные проблемы теории и практики / под ред. В. Н. Лопатина. М. : Юрайт, 2010. Т. 3. С. 193.

¹⁷ Глухова Г. О. Уголовная ответственность за нарушение авторских и смежных прав : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 81.

¹⁸ Уголовное право России. Особенная часть : учебник / под ред. И. Э. Звечаровского. М. : Норма: Инфра-М, 2010. С. 162—164.

¹⁹ Филиппов П. А. Уголовно-правовая защита права интеллектуальной собственности : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 42.

²⁰ Дологов Р. О. Механизм уголовно-правового регулирования в сфере преступных посягательств на объекты интеллектуальной собственности : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009. С. 48.

отношения, возникающие в сфере реализации авторских и смежных прав имущественного характера. Аргументируется необходимость выделения преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, в отдельную статью в гл. 22 УК РФ «Преступления в сфере экономической деятельности»²¹.

В международных документах «под интеллектуальной собственностью выделены права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (относящиеся к литературным, художественным и научным произведениям, изобретениям, промышленным образцам, товарным знакам, к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях)»²².

На основе подобных исследовательских сведений обоснованно считаем, что предлагаемое закрепление защиты объекта интеллектуальных прав в группе преступлений против собственности имеет свои веские аргументы. Спорным моментом здесь видится лишь то, каким обра-

зом разделить имущественные и личные неимущественные права.

Имущественные отношения, вытекающие из интеллектуальных прав, только частично регулируются уголовным законодательством. Например, в ч. 2 ст. 146 УК РФ указаны виды ответственности за незаконное использование этих прав, а равно за приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта. Законодатель объединил посягательства на неимущественные права, а также на результат творческого труда, который в виде контрафакта нельзя хранить, перевозить, использовать в целях сбыта. Кроме того, наличие корыстной цели частично выводит из сферы уголовно-правовых отношений деяния, где подобную цель не удалось доказать.

Противоречия в определении содержания объекта интеллектуальной собственности создают существенные затруднения для правоприменителей. Об этом явно свидетельствуют данные статистики по ст. 146 УК РФ (см. данные таблицы).

**Статистика рассмотрения судами Российской Федерации общей юрисдикции
уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ст. 146, 147, 180 УК РФ, за 2010—2015 гг.
с вынесением обвинительного приговора²³**

Год	Количество обвинительных приговоров				
	Статья 146 УК РФ		Статья 147 УК РФ		Статья 180 УК РФ
	Всего	По ч. 1	Всего	По ч. 1	
2010	306	—	—	—	5
2011	691	—	1	—	8
2012	367	—	1	1	8
2013	232	—	—	—	17
2014	237	—	—	—	19
2015	269	—	1	1	19

²¹ Орешкин М. И. Уголовная ответственность за нарушение авторских и смежных прав на аудиовизуальные произведения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

²² Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности (подписана в Стокгольме 14.07.1967) // URL: http://www.wipo.int/treaties/ru/text.jsp?file_id=283807 (дата обращения: 21.11.2017).

²³ Резяпов А. А., Бакиева М. А. Преступления против интеллектуальных прав. Проблемы правоприменения // Universum: Экономика и юриспруденция : электрон. научн. журнал. 2016. № 10 (31). URL: <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/3715> (дата обращения: 25.06.2018).

Анализ приведенных исследовательских данных показывает, что за пять лет противодействия преступлениям, предусмотренным ст. 146 УК РФ, отсутствуют приговоры суда и осужденные за присвоение авторства. Причины подобного положения заключаются в том, что при противодействии данной категории преступлений сотрудники правоохранительных органов придерживаются позиции либо выделения объектов интеллектуальной собственности, либо выделения права собственности на полученные произведения. Крупный ущерб при присвоении права собственности на авторство сложнее доказать, чем использование объектов авторского права, которые выражаются в конкретном имуществе.

С учетом материалов других исследований по этой проблеме можно сделать следующие выводы.

Право собственности должно создавать внешние основы для взаимодействия различных участников общественных отношений собственности, в том числе при совершении преступных деяний в интеллектуальной сфере.

Совокупность вещей должна включаться в состав имущества, но охрана этого имущества или отдельных вещей не имеет своего обоснования без установления правовой принадлежности. «Нематериальные объекты интеллектуальной сферы могут и должны подпадать под уголовно-правовую защиту, но их следует отличать от материальных предметов, в которых выражается содержание произведения или труда (компьютерные носители, картины, книги, иные творения). Интеллектуальный объект защиты предусматривает под собой систему образов, понятий, формул и т.д., имеющих законных авторов и владельцев. Сущность содержательного аспекта и первичности образа отражается в праве собственности на нематериальный объект и должна защищаться нормой уголовно-правовых отношений в сфере конституционных прав и свобод. В свою очередь, если такой объект приобретает форму материального воплощения имущества, то право собственности на него должно подпадать под объект защиты от преступлений против собственности»²⁴.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Большая советская энциклопедия // URL: <http://gatchina3000.ru/great-soviet-encyclopedia/bse/103/754.htm> (дата обращения: 21.11.2017).
2. Большой экономический словарь / под ред. А. Н. Азрилияна. — 5-е изд., доп. и перераб. — М. : Институт новой экономики, 2002. — 469 с.
3. Глухова Г. О. Уголовная ответственность за нарушение авторских и смежных прав : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — 217 с.
4. Долотов Р. О. Механизм уголовно-правового регулирования в сфере преступных посягательств на объекты интеллектуальной собственности : дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2009. — 229 с.
5. Желудков М. А. Общее понятие об объекте уголовно-правовых отношений при обеспечении защиты собственности // Современное право. — 2017. — № 7. — С. 85—91.
6. Желудков М. А. Развитие системы криминологического обеспечения защиты личности и общества от корыстных преступлений против собственности : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2012. — 428 с.
7. Крянгин С. М. Уголовно-правовая охрана секретов производства (ноу-хау) : дис. ... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2009. — 180 с.
8. Ларичев В. Д., Терещенко Б. Л. Предупреждение преступлений, посягающих на интеллектуальную собственность : научно-практическое пособие. — М. : Альфа-Пресс, 2006. — 176 с.
9. Лопатин В. Н., Дорошков В. В. Защита интеллектуальной собственности. Актуальные проблемы теории и практики / под ред. В. Н. Лопатина. — М. : Юрайт, 2010. — Т. 3. — 343 с.

²⁴ Желудков М. А. Развитие системы криминологического обеспечения защиты личности и общества ... С. 105—107.

10. Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. — 16-е изд., испр. — М. : Рус. яз., 1984. — 797 с.
11. Орешкин М. И. Уголовная ответственность за нарушение авторских и смежных прав на аудиовизуальные произведения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006.
12. Полянский Н. Н. О терминологии советского закона // Проблемы социалистического права. — 1938. — № 5. — С. 119—138.
13. Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б. Современный экономический словарь. — 2-е изд., испр. — М. : Инфра-М, 1999. — 479 с.
14. Резяпов А. А., Бакиева М. А. Преступления против интеллектуальных прав. Проблемы правоприменения // Universum: Экономика и юриспруденция : электрон. науч. журнал. — 2016. — № 10 (31). — URL: <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/3715> (дата обращения: 25.06.2018).
15. Словарь финансовых терминов // URL: http://dic.academic.ru/dic.nsf/fin_enc/12350 (дата обращения: 05.11.2017).
16. Толковый словарь Д. Н. Ушакова 1935—1940 гг. // URL: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/ushakov/756734/ВЕЩЬ> (дата обращения: 05.11.2017).
17. Уголовное право России. Особенная часть : учебник / под ред. И. Э. Звечаровского. — М. : Норма: Инфра-М, 2010. — 976 с.
18. Филиппов П. А. Уголовно-правовая защита права интеллектуальной собственности : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2003. — 218 с.

Материал поступил в редакцию 9 апреля 2018 г.

CRIMINAL LAW PROBLEMS IN DETERMINING THE OBJECT OF INTELLECTUAL PROPERTY CRIMES

ZHELUDKOV Mikhail Aleksandrovich, Doctor of Law, Associate Professor, Professor of the Department of Criminal Law and Applied Informatics in Jurisprudence of the Law Institute of Tambov State Technical University
kandydat1@yandex.ru
392000, Russia, Tambov, ul. Sovetskaya, 116

CHERNYSHOV Vladimir Nikolaevich, Doctor of Technical Sciences, Professor, Professor of the Department of Criminal Law and Applied Informatics in Jurisprudence of the Law Institute of Tambov State Technical University
elters@crimeinfo.jesby.tstu.ru
392000, Russia, Tambov, ul. Penzenskaya, 5-17

KOCHETKOVA Maria Nikolaevna, Senior Lecturer of the Department of Criminal Law and Applied Informatics in Jurisprudence of the Law Institute of Tambov State Technical University
mariankochetkova@gmail.com
392000, Russia, Tambov, ul. Leningradskaya, 3a

Abstract. *Currently, due to the rapid development of information technology, there is an urgent need to protect public relations of property from crimes committed in the intellectual rights area. The absence of conceptual apparatus consolidated in laws or supported by the scientific community complicates determination of interrelations between the concepts of "property", "ownership", "intellectual property" and "right of ownership," which subsequently determines the classification of acts as different objects of protection under criminal law. The article examines the complex of topical issues related to the protection against crimes in the field of intellectual property in Russia, the*

analysis of the ratio of crimes against property and crimes affecting intellectual property, the study of the features of the objects protected under criminal law.

Keywords: *property, intellectual property, object protected against crimes, copyright, results of intellectual activity, means of individualization, property object.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bol'shaya sovetskaya entsiklopediya // URL: <http://gatchina3000.ru/great-soviet-encyclopedia/bse/103/754.htm> (data obrashcheniya: 21.11.2017).
2. Bol'shoy ekonomicheskyy slovar' / pod red. A. N. Azriliyana. — 5-e izd. dop. i pererab. — M. : Institut novoy ekonomiki, 2002. — 469 s.
3. Glukhova G. O. Ugolovnaya otvetstvennost' za narushenie avtorskikh i smezhnykh prav : dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2004. — 217 s.
4. Dolotov R. O. Mekhanizm ugolovno-pravovogo regulirovaniya v sfere prestupnykh posyagatel'stv na ob'ekty intellektual'noy sobstvennosti : dis. ... kand. yurid. nauk. — Saratov, 2009. — 229 s.
5. Zheludkov M. A. Obshchee ponyatie ob ob'ekte ugolovno-pravovykh otnosheniy pri obespechenii zashchity sobstvennosti // *Sovremennoe pravo*. — 2017. — № 7. — S. 85—91.
6. Zheludkov M. A. Razvitie sistemy kriminologicheskogo obespecheniya zashchity lichnosti i obshchestva ot korystnykh prestupleniy protiv sobstvennosti : dis. ... d-ra yurid. nauk. — M., 2012. — 428 s.
7. Kryanin S. M. Ugolovno-pravovaya okhrana sekretov proizvodstva (nou-khau) : dis. ... kand. yurid. nauk. — N. Novgorod, 2009. — 180 s.
8. Larichev V. D., Tereshchenko B. L. Preduprezhdenie prestupleniy, posyagayushchikh na intellektual'nyuyu sobstvennost' : nauchno-prakticheskoe posobie. — M. : Al'fa-Press, 2006. — 176 s.
9. Lopatin V. N., Doroshkov V. V. Zashchita intellektual'noy sobstvennosti. Aktual'nye problemy teorii i praktiki / pod red. V. N. Lopatina. — M. : Yurayt, 2010. — T. 3. — 343 s.
10. Ozhegov S. I. Slovar' russkogo yazyka / pod red. N. Yu. Shvedovoy. — 16-e izd., ispr. — M. : Rus. yaz., 1984. — 797 s.
11. Oreshkin M. I. Ugolovnaya otvetstvennost' za narushenie avtorskikh i smezhnykh prav na audiovizual'nye proizvedeniya : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2006.
12. Polyanskiy N. N. O terminologii sovetskogo zakona // *Problemy sotsialisticheskogo prava*. — 1938. — № 5. — S. 119—138.
13. Rayzberg B. A., Lozovskiy L. Sh., Starodubtseva E. B. Sovremenniy ekonomicheskyy slovar'. — 2-e izd., ispr. — M. : Infra-M, 1999. — 479 s.
14. Rezyapov A. A., Bakieva M. A. Prestupleniya protiv intellektual'nykh prav. Problemy pravoprimeneniya // *Universum: Ekonomika i yurisprudentsiya : elektron. nauch. zhurnal*. — 2016. — № 10 (31). — URL: <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/3715> (data obrashcheniya: 25.06.2018).
15. Slovar' finansovykh terminov // URL: http://dic.academic.ru/dic.nsf/fin_enc/12350 (data obrashcheniya: 05.11.2017).
16. Tolkoviy slovar' D. N. Ushakova 1935—1940 gg. // URL: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/ushakov/756734/VEShch> (data obrashcheniya: 05.11.2017).
17. Ugolovnoe pravo Rossii. Osobennaya chast' : uchebnik / pod red. I. E. Zvecharovskogo. — M. : Norma: Infra-M, 2010. — 976 s.
18. Filippov P. A. Ugolovno-pravovaya zashchita prava intellektual'noy sobstvennosti : dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2003. — 218 s.

А. В. Коваль*

«МЗДОИМСТВО» И «ЛИХОИМСТВО» как критерии дифференциации ответственности за ВЗЯТОЧНИЧЕСТВО

Аннотация. Статья посвящена вопросам обоснованности дифференциации уголовной ответственности за взяточничество в зависимости от законности или незаконности поведения по службе за взятку. Особое внимание уделяется исследованию правовой природы лихоимства, т.е. взяточничества за незаконные действия (бездействие). Делается вывод о том, что взяточничество за незаконные действия (бездействие) по службе является не исключительно квалифицированным составом преступления, а в большей мере самостоятельным основным составом преступления, влекущим более строгое уголовное наказание ввиду повышенной степени общественной опасности данной формы взяточничества. На этом основании дается рекомендация о том, что правила законодательного формулирования квалифицированных составов преступлений на такую форму взяточничества, как лихоимство, распространяться не должны. Опровергается высказанное в теории уголовного права мнение некоторых зарубежных законодателей о том, что состав взяточничества за незаконные действия (бездействие) следует исключить из уголовного закона.

Ключевые слова: взятка, мздоимство, лихоимство, взяточничество, дифференциация ответственности, квалифицирующий признак, получение взятки, дача взятки, незаконные действия, коррупция.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.119-129

В числе специальных критериев дифференциации уголовной ответственности за взяточничество предусматривается получение взятки, дача взятки, посредничество во взяточничестве за совершение должностным лицом незаконных действий (бездействие) (ч. 3 ст. 290, ч. 3 ст. 291, ч. 2 ст. 291.1 Уголовного кодекса Российской Федерации). Данный признак настолько повышает степень общественной опасности взяточничества, что законодатель относит получение и дачу взятки, а также посредничество во

взяточничестве при наличии данного признака к категории тяжких преступлений.

Незаконность поведения должностного лица по службе за взятку является одним из главных, после размера взятки, критериев дифференциации уголовной ответственности за взяточничество. Исторически уголовная ответственность за взяточничество дифференцировалась главным образом в зависимости от того, были действия чиновника за взятку законными (эта форма взяточничества получила название «мздоим-

© Коваль А. В., 2019

* Коваль Андрей Владимирович, аспирант Института государства и права Тюменского государственного университета
lawyer13av@mail.ru
625000, Россия, г. Тюмень, ул. Ленина, д. 38

ство»¹) либо незаконными (эта форма взяточничества в дореволюционном уголовном праве именовалась лихоимством)². Данный критерий дифференциации уголовной ответственности за взяточничество достаточно распространен в законодательстве многих государств (например, ст. 311 УК Республики Казахстан³, ст. 225 УК Литовской Республики⁴, ст. 197-III УК Японии⁵, ст. 113 УК Норвегии⁶, ст. 307 УК Австрии⁷, ст. 247 УК Бельгии⁸, ч. 2 ст. 339 УК Грузии⁹). Законодатель Болгарии дифференцировал ответственность за лихоимство в зависимости от того, является нарушение должностным лицом своих обязанностей преступлением или нет (ст. 301 УК Республики Болгария)¹⁰.

Рассматриваемый критерий дифференциации ответственности за взяточничество отражает влияние на меру ответственности особенностей должностного положения взяточполучателя, которое он «продает» за взятку. Значимость служебных действий (бездействия) должностного лица, за которые он получает взятку, может быть измерена не только рангом занимаемой им должности (например, замещение государственной должности Российской Федерации или государственной должности субъектов Российской Федерации). Приемлемой единицей измерения является также правомерность или неправомерность использования своих служебных возможностей за взятку. Очевидно, что извлечение имущественной выгоды за противоправное использование своих полномочий по должности существенно повышает степень общественной опасности коррупции, поскольку обуславливает совершение других

служебных правонарушений, в большей мере дискредитирует государственную и муниципальную службу.

Несмотря на то что дифференциация уголовной ответственности за мздоимство и лихоимство традиционно присутствует в отечественном уголовном законодательстве, в теории уголовного права дается неоднозначная оценка обоснованности данного критерия дифференциации ответственности. Имеется точка зрения, согласно которой повышенная уголовная ответственность за взяточничество за незаконные действия (бездействие) обусловлена иным объектом преступления, нежели взяточничество за законное поведение должностного лица. В связи с этим делается предложение выделить данный состав преступления в отдельной статье Особенной части уголовного закона¹¹.

Представляется, что реализация такого предложения вряд ли приемлема. В таком случае будет искусственно создано самостоятельное основание уголовной ответственности за взяточничество, за незаконные действия (бездействие), что повлечет за собой необходимость дифференциации ответственности за данное преступление по аналогии с существующими нормами, избыточную регламентацию оснований уголовной ответственности за взяточничество, а вслед за этим — избыточную уголовную репрессию (наказуемость). Тогда, например, получение взятки одновременно за законные и незаконные действия придется квалифицировать по совокупности преступлений, хотя фактически поведение лица является единым актом преступной деятельности.

¹ Волженкин Б. В. Служебные преступления : Комментарий законодательства и судебной практики. СПб., 2005. С. 172.

² Максимов С. В. Коррупция. Закон. Ответственность. М., 2000. С. 48.

³ Уголовный кодекс Республики Казахстан : учебно-практическое пособие. Алматы, 2002. С. 126.

⁴ Уголовный кодекс Литовской республики. СПб., 2003. С. 310.

⁵ Уголовный кодекс Японии. СПб., 2002. С. 120.

⁶ Уголовный кодекс Норвегии. СПб., 2003. С. 128.

⁷ Уголовный кодекс Австрии. СПб., 2004. С. 334.

⁸ Уголовный кодекс Бельгии. СПб., 2004. С. 164.

⁹ Уголовный кодекс Грузии. СПб., 2002. С. 346.

¹⁰ Уголовный кодекс Республики Болгария. СПб., 2001. С. 211.

¹¹ Мишин Г. Дифференциация взяточничества // Советская юстиция. 1989. № 11. С. 29.

Согласно другому, в последнее время все чаще встречающемуся мнению состав взяточничества за незаконные действия (бездействие) следует исключить из уголовного законодательства. Обосновывается эта точка зрения тем, что составы получения взятки, дачи взятки, а также посредничества во взяточничестве за незаконные действия (бездействие) являются составами преступления с отягчающими обстоятельствами (квалифицированными) по отношению к основным составам данных преступлений, предусмотренным ч. 1 ст. 290, ч. 1 ст. 291, ч. 1 ст. 291.1 УК РФ. Как известно, характерным критерием для введения в уголовный закон квалифицированных составов является то, что «обстоятельства, которым придается статус квалифицирующих признаков, не должны быть нормой для большинства преступлений с основным составом»¹². То есть должна быть нехарактерность оцениваемого более опасного варианта преступного поведения для большинства деяний, зафиксированных в основном составе¹³. Что же касается лихоимства, то эта форма взяточничества значительно преобладает в структуре коррупционной преступности по сравнению со взяточничеством за совершение действий (бездействие) в пользу взяткодателя или представляемых им лиц, если указанные действия (бездействие) входят в служебные полномочия должностного лица либо если оно в силу должностного положения может способствовать указанным действиям (бездействию), а равно за общее покровительство или попустительство по службе.

Например, по результатам исследований, проведенных В. Н. Борковым, в подавляющем большинстве случаев (91,7 % изученных уголовных дел) взятка получается именно за незаконное поведение¹⁴. Как отмечает ученый, среди должностных преступлений, за совершение ко-

торых чиновники получают взятки, преобладают служебный подлог (53,7 %), злоупотребление должностными полномочиями (43,3 %), незаконное освобождение от уголовной ответственности (3 %). В 35,8 % уголовных дел, которые стали предметом изучения В. Н. Борковым, в качестве незаконных действий (бездействия), за которые была получена взятка, фигурировали дисциплинарные проступки.

Примерно также оценивает ситуацию П. В. Никонов: «На практике в абсолютном большинстве случаев (97 % от изученных уголовных дел) взятка получается именно за незаконное поведение должностного лица. При этом в структуре последних 80 % составляют уголовно наказуемые деяния»¹⁵. По причине того, что степень общественной опасности основного и квалифицированного составов преступлений является идентичной, П. В. Никонов предлагает исключить получение взятки из числа квалифицирующих признаков ст. 290 УК РФ¹⁶.

Следует отметить, что в законодательстве некоторых государств уже имеется опыт реализации данного предложения. В частности, в уголовном законодательстве Украины, Грузии, Молдовы, Латвии, Эстонии нет такого отягчающего обстоятельства получения взятки, как ее получение за незаконные действия (бездействие). По такому пути пошел белорусский законодатель, исключивший из ч. 2 ст. 430 УК Беларуси признак получения взятки за незаконные действия (бездействие). Комментируя данный шаг белорусского законодателя, Н. А. Бабий пишет: «Однако практика показала ошибочность выделения данного квалифицирующего признака, поскольку основная масса взяток дается для того, чтобы побудить чиновника обойти закон. В итоге ч. 1 ст. 430 УК оказалась редко применяемой, а наказуемость основной массы мелких взяток — существенно завышенной. Это побудило отече-

¹² Кругликов Л. Л., Василевский А. В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. СПб., 2002. С. 183.

¹³ Кругликов Л. Л., Василевский А. В. Указ. соч. С. 183.

¹⁴ Борков В. Н. Получение взятки: вопросы квалификации : дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2002. С. 84.

¹⁵ Никонов П. В. Уголовно-правовая характеристика получения взятки : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2005. С. 26.

¹⁶ Никонов П. В. Указ. соч. С. 19.

ственного законодателя исключить из ч. 2 ст. 430 УК такое квалифицирующее обстоятельство, как совершение указанного в части первой преступления за незаконные действия»¹⁷.

Оценка приведенной позиции может быть дана исходя из решения вопроса о том, является ли взяточничество за незаконные действия (бездействие) действительно исключительно квалифицированным составом преступления, либо это самостоятельный состав преступления, а соответствующий признак является не отягчающим, а конструктивным признаком одного из основных составов взяточничества. Поскольку, если исходить из того, что получение взятки за незаконные действия (бездействие) является не квалифицированным, а одним из основных составов этого преступления, хотя и влекущим более строгое наказание, то приведенный выше аргумент в пользу исключения этого состава из УК РФ оказывается несостоятельным.

В теории уголовного права затронутый вопрос является дискуссионным. Несмотря на то что обычно в частях, следующих за первой частью статьи Особенной части УК РФ, закрепляются квалифицированные составы преступления, А. В. Иванчин обоснованно замечает, что «закрепление состава преступления в ч. 2 и последующих частях статьи Особенной части УК еще не является достаточным основанием для того, чтобы считать его квалифицированным. Он вполне может оказаться автономным, т.е. недифференцированным составом или основным»¹⁸.

Например, В. Н. Борков считает, что получение взятки за незаконные действия (бездействие) является квалифицированным составом по отношению к ч. 1 ст. 290 УК РФ, которая предусматривает основной состав получения взятки.

Несмотря на то что диспозиция, описывающая состав получения взятки за незаконные действия (бездействие), по словам В. Н. Боркова, начинается не с традиционно принятой для конструирования квалифицированных составов фразы «деяние, предусмотренное частью первой», признаки основного состава при получении взятки за незаконные действия остаются в силе. Решающим обстоятельством, как считает автор, в этой ситуации выступает использование законодателем слова «взятка», о которой можно говорить только при условиях, описанных в ч. 1 ст. 290 УК РФ¹⁹. В итоге В. Н. Борков приходит к выводу о том, что превышение должностных полномочий не может образовывать незаконных действий, получение взятки за которые образует лихоимство. Такие незаконные действия (бездействие) могут выражаться только в злоупотреблении должностными полномочиями. «Преступление, предусмотренное ст. 286 УК, — пишет исследователь, — состоит в совершении должностным лицом действий, явно выходящих за пределы его полномочий. Подобное поведение не соответствует действиям, описанным в диспозиции ч. 1 ст. 290 УК»²⁰.

В большинстве других случаев, когда в литературе утверждается о том, что составы взяточничества за незаконные действия (бездействие) должностного лица являются квалифицированными, обоснование этого тезиса простое: «Наказание за преступление, предусмотренное ч. 3 ст. 290 УК РФ, более суровое, следовательно, законодатель посчитал данное преступление более тяжким, то есть по сравнению с основным составом (ч. 1 ст. 290 УК РФ) данный состав является преступлением с отягчающими обстоятельствами»²¹.

¹⁷ Бабий Н. А. Квалификация взяточничества по уголовному праву Беларуси и России : монография. М., 2014. С. 89.

¹⁸ Иванчин А. В. Конструирование состава преступления: теория и практика : монография. М., 2014. С. 204.

¹⁹ Борков В. Н. Указ. соч. С. 78.

²⁰ Борков В. Н. Указ. соч. С. 84 ; Он же. Действия (бездействие), которые входят в служебные полномочия, в диспозиции получения взятки // Уголовный закон: проблемы теоретического моделирования и применения. Омск, 2006. С. 73 ; Он же. О сфере служебного поведения должностного лица, за которое может быть получена взятка // Правоведение. 2007. № 4. С. 97.

²¹ Получение взятки муниципальным служащим: уголовно-правовые и криминологические аспекты : монография. М. : Юрлитинформ, 2012. С. 99.

Аналогичная позиция находит отражение в судебной практике. Так, в одном из обзоров судебной практики Верховный Суд РФ прямо указал, что «дача взятки должностному лицу за совершение им заведомо незаконного бездействия является квалифицированным составом преступления, предусмотренным ч. 3 ст. 291 УК РФ»²².

Категорическим противником мнения о том, что получение взятки за незаконные действия (бездействие) в ст. 290 УК РФ является квалифицированным составом преступления, является П. С. Яни, подчеркнувший свою позицию по этому вопросу в ряде публикаций²³. По его мнению, Верховный Суд РФ полностью отграничивает друг от друга получение взятки за законные и незаконные действия (бездействие), отрицая тем самым соотношение составов преступлений, предусмотренных ч. 1 и 3 ст. 290 УК РФ, как общей и специальной нормы²⁴. Напротив, получение взятки за попустительство и покровительство по службе, если такое покровительство или попустительство состоит в ожидаемом неправомерном предоставлении когда-либо преимуществ, непринятии должных мер ответственности за допущенные нарушения и т.п., является, по мнению П. С. Яни, част-

ным случаем получения взятки за незаконные действия²⁵.

Точку зрения о том, что составы получения взятки в виде мздоимства (ч. 1 ст. 290 УК РФ) и в виде лихоимства (ч. 3 ст. 290 УК РФ) являются основными составами данного преступления, разделяют все больше исследователей²⁶.

Очевидно, что определение правильности той или другой позиции напрямую связано с пониманием лихоимства как формы взяточничества и ее отличием от основного состава получения взятки, предусмотренного ч. 1 ст. 290 УК РФ. Как известно, Пленум Верховного Суда РФ дает развернутое разъяснение этого признака состава преступления, относя к нему практически любое нарушение по службе за взятку²⁷. В. Б. Комаров, проанализировавший соответствующее разъяснение высшей судебной инстанции в сравнении с анализом постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»²⁸, пришел к выводу о том, что все виды противоправного поведения по службе, которые Пленум отнес к предусмотренным в ч. 3 ст. 290 УК РФ незаконным действиям (бездействию),

²² Обзор кассационной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за второе полугодие 2012 года. Определение № 46-О12-37 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 7.

²³ Обсуждавшийся участниками конференции проект постановления Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о взяточничестве, коммерческом подкупе и иных коррупционных преступлениях» // Уголовное право. 2013. № 5. С. 17; Яни П. С. Взятка за незаконные действия. Квалификация преступных действий, совершенных за взятку // Антология научной мысли: К 10-летию Российской академии правосудия: сборник статей / отв. ред. В. В. Ершов, Н. А. Тузов. М.: Статут, 2008. С. 359–366; Он же. Взятка или мошенничество? // Законность. 2012. № 6. С. 29; Он же. Вопросы квалификации взяточничества // Законность. 2013. № 3. С. 18.

²⁴ Яни П. Взятка или мошенничество? С. 33.

²⁵ Яни П. Вопросы квалификации взяточничества. С. 18.

²⁶ Гребенюк Р. А. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика взяточничества: дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2004. С. 62; Любавина М. А. Квалификация взяточничества: конспект лекций. СПб., 2005. С. 23; Краснопеева Е. В. Взяточничество: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 141; Шеретов В. В. Противодействие взяточничеству: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. С. 60.

²⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 9.

²⁸ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 12.

образуют либо злоупотребление должностными полномочиями, либо превышение должностных полномочий²⁹.

Возвращаясь к вопросу о роли лихоимства в системе дифференциации уголовной ответственности за взяточничество, заметим, что, на наш взгляд, наделение этой формы взяточничества свойствами квалифицированного состава преступления является не совсем правильным. В теории и практике уголовного права традиционно считается, что основной состав соотносится с квалифицированным составом как общая и специальная нормы. Данное соотношение представляет собой конкуренцию уголовно-правовых норм, правило разрешения которой сформулировано в ч. 3 ст. 17 УК РФ. Отсюда одно из правил уголовно-правовой оценки преступлений с квалифицированными составами состоит в том, что, «поскольку квалифицированный состав включает в себя все признаки основного состава и еще квалифицирующий признак, до вменения последнего необходимо установить все признаки основного состава»³⁰. Если придерживаться мнения о том, что получение взятки за незаконные действия (бездействие) является квалифицированным составом в ст. 290 УК РФ, то для вменения данного состава прежде необходимо установить наличие в поведении взяточполучателя признаков основного состава получения взятки, т.е. общей нормы — ч. 1 ст. 290 УК РФ.

Этому правилу квалификации удовлетворяет только один из видов служебного поведения за взятку, предусмотренных в ч. 1 ст. 290 УК РФ, — способствование должностным лицом в силу своего должностного положения совершению действий (бездействию) в пользу взяточдателя или представляемых им лиц. В диспозиции ч. 1 ст. 290 УК РФ не говорится о том, что действия или бездействие в пользу взяточдателя или представляемых им лиц, которым взят-

кополучатель способствует с использованием своего должностного положения, должны входить в полномочия того должностного лица, на которого оказывается служебное влияние, а следовательно — быть всегда законными. Поэтому не прав П. С. Яни, говоря о том, что по ч. 1 ст. 290 УК РФ ответственность наступает за получение взятки за способствование совершению другим должностным лицом опять же только законных действий, т.к. в диспозиции указано «...может способствовать таким действиям...», т.е. действиям, также входящим в служебные полномочия должностного лица³¹. Действия (бездействие) в пользу взяточдателя или представляемых им лиц, о которых говорится в ч. 1 ст. 290 УК РФ, должны удовлетворять одному из двух условий: либо входить в служебные полномочия должностного лица (и в таком случае данные действия (бездействие) являются исключительно законными, поскольку незаконные действия или бездействие не могут составлять служебную компетенцию должностных лиц), либо взяточполучатель в силу должностного положения может способствовать таким действиям (бездействию) со стороны другого должностного лица. Следовательно, нельзя утверждать, что такие действия (бездействие), совершению которых способствует взяточполучатель, должны быть исключительно законными. Если толковать закон буквально, способствовать за взятку можно и незаконным действиям (бездействию) в пользу взяточдателя или представляемых им лиц, что, в общем-то, охватывается диспозицией ч. 1 ст. 290 УК РФ.

Таким образом, получение взятки за незаконные действия (бездействие) в пользу взяточдателя или представляемых им лиц, если взяточполучатель в силу должностного положения может способствовать таким действиям (бездействию), является специальным случаем получения взятки за способствование по долж-

²⁹ Комаров В. Б. Понятие незаконных действий (бездействия), совершаемых за взятку // Сборник статей, посвященный 25-летию юбилею Института права Челябинского государственного университета / Челябинский государственный университет, Институт права. Челябинск : Полиграф-Мастер, 2016. С. 259.

³⁰ Козаченко И. Я., Костарева Т. А., Кругликов Л. Л. Преступления с квалифицированными составами и их уголовно-правовая оценка. Екатеринбург, 1994. С. 32.

³¹ Яни П. Взятка или мошенничество? С. 33.

ности, общее понятие которого зафиксировано в ч. 1 ст. 290 УК РФ.

Что касается других видов служебного поведения взяточполучателя, названных в ч. 1 ст. 290 УК РФ (совершение действий (бездействия), входящих в служебные полномочия должностного лица, общее покровительство и попустительство по службе), то они не могут выполнять роль признаков основного состава (общей нормы) по отношению к ч. 3 ст. 290 УК РФ. Мздоимство, т.е. получение взятки за совершение действий (бездействие), входящих в служебные полномочия должностного лица, принципиально отличается от лихоимства, т.е. получения взятки за незаконные действия (бездействие) по службе, тем, что при мздоимстве чиновник получает взятку за исключительно законное служебное поведение, тогда как при лихоимстве взятка обусловлена исключительно противоправным поведением чиновника. Данные нормы являются смежными. Общее покровительство и попустительство по службе, в сущности, являются специальными случаями злоупотребления должностными полномочиями, следовательно, представляют собой незаконные действия (бездействие) должностного лица по службе³². Однако понятие незаконных действий (бездействия), предусмотренных ч. 3 ст. 290 УК РФ, шире по своему содержанию, ибо включает все иные случаи злоупотребления должностными полномочиями, а также превышение должностных полномочий. Поэтому получение взятки за общее покровительство или попустительство по службе является специальным случаем получения взятки за незаконные действия (без-

действие), т.е. специальной нормой по отношению к ч. 3 ст. 290 УК РФ. В общем-то, здесь допустимо говорить и том, что получение взятки за незаконные действия (бездействие) — ч. 3 ст. 290 УК РФ — является основным составом по отношению к составу получения взятки за общее покровительство или попустительство по службе — ч. 1 ст. 290 УК РФ, который, таким образом, является привилегированным составом преступления в ст. 290 УК РФ. Заметим, что в проекте постановления Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о взяточничестве, коммерческом подкупе и иных коррупционных преступлениях» предлагалось включить в текст постановления такое разъяснение: «Если незаконные действия (бездействие), за совершение которых получена взятка, состоят в общем покровительстве или попустительстве по службе, содеянное в силу части 3 статьи 17 УК РФ следует квалифицировать по части 1 статьи 290 УК РФ»³³. Однако в окончательной редакции постановления этого положения нет, поскольку вопрос о соотношении общего покровительства и попустительства по службе с незаконными действиями (бездействием) остается дискуссионным³⁴.

Таким образом, следует признать верной точку зрения, согласно которой взяточничество за незаконные действия (бездействие) по службе не является исключительно квалифицированным составом преступления и принципиально отличается, с одной стороны, от мздоимства, т.е. получения взятки за совершение действий (бездействия), входящих в служебные полномочия должностного лица, с другой стороны, от

³² Иного мнения А. Грошев, полагающий, что незаконные действия (бездействие) в определенных случаях входят в содержание общего покровительства или попустительства по службе (Грошев А. О проекте постановления Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о взяточничестве, коммерческом подкупе и иных коррупционных преступлениях» // Уголовное право. 2013. № 5. С. 59).

³³ Обсуждавшийся участниками конференции проект постановления Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о взяточничестве, коммерческом подкупе и иных коррупционных преступлениях». С. 8.

³⁴ Шнитенков А. Проблемы юридической оценки коррупционных преступлений в проекте постановления Пленума Верховного Суда РФ // Уголовное право. 2013. № 5. С. 115 ; Лопашенко Н. А. О некоторых проблемах понимания и толкования взяточничества и коммерческого подкупа (квалификационные проблемы) // Там же. С. 88 ; Щепельков В. Некоторые проблемы квалификации получения взятки // Там же. С. 117.

общего покровительства или попустительства по службе, для которых оно является общей нормой. Исходя из этого правила законодательного формулирования квалифицированных составов преступлений на такую форму взяточничества, как лихоимство, распространяться не должны.

В целом можно очертить следующие квалификационные связи лихоимства с иными формами взяточничества (мздоимством, взяточничеством за общее покровительство или попустительство по службе, а также за способствование в силу должностного положения действиям (бездействию) в пользу взяткодателя или представляемых им лиц), позволяющие выявить уголовно-правовое значение этого криминообразующего признака в составах взяточничества:

- 1) лихоимство, т.е. получение взятки за незаконные действия (бездействие) по службе, отличается от мздоимства, т.е. получения взятки за совершение действий (бездействия), входящих в служебные полномочия должностного лица, тем, что при мздоимстве должностное лицо получает взятку за *законное* служебное поведение, в то время как при лихоимстве взятка обусловлена исключительно его *незаконным* поведением. Такую связь между данными уголовно-правовыми нормами можно охарактеризовать как *соотношение смежных составов преступлений*. В этой части состав взяточничества за незаконные действия (бездействие) является самостоятельным основным составом преступления;
- 2) взяточничество за общее покровительство или попустительство по службе является специальным случаем получения взятки за незаконные действия (бездействие), в свою очередь, взяточничество за незаконные действия (бездействие) является основным составом по отношению к составу взяточничества за общее покровительство или попустительство по службе. Это позволяет охарактеризовать такую связь уголовно-правовых норм как *соотношение общей (лихоимство) и специальной (общее покровительство или попустительство по службе) норм*, а взяточничество за общее покровительство

или попустительство по службе следует рассматривать в качестве привилегированного состава преступления;

- 3) взяточничество за незаконные действия (бездействие) является специальным случаем взяточничества за способствование в силу должностного положения совершению действий (бездействия) в пользу взяткодателя или представляемых им лиц в той части, в которой взяткополучатель в силу должностного положения может способствовать незаконным действиям (бездействию). Такая связь уголовно-правовых норм соответствует *соотношению общей (способствование в силу должностного положения совершению действий (бездействия) в пользу взяткодателя или представляемых им лиц) и специальной (лихоимство) норм*, а взяточничество за незаконные действия (бездействие) здесь следует рассматривать в качестве квалифицированного состава преступления.

Таким образом, признак «незаконные действия (бездействие)» за взятку имеет различное значение в составах взяточничества, которое зависит от того, с какой формой взяточничества оценивается его соотношение при квалификации. При таком понимании места лихоимства в структуре составов взяточничества представляется неприемлемым высказанное в теории уголовного права вышеупомянутое мнение о том, что состав взяточничества за незаконные действия (бездействие) следует исключить из уголовного закона.

Подводя итог вышеизложенному, можно сделать следующие выводы:

1. Обоснованность дифференциации уголовной ответственности за взяточничество в зависимости от законности или незаконности поведения по службе за взятку обуславливается в том числе тем, что значимость служебных действий (бездействия) должностного лица, за которые он получает взятку, а вслед за этим степень общественной опасности взяточничества может быть измерена не только рангом занимаемой им должности, но также правомерностью или неправомерностью использования своих служебных возможностей за взятку.

2. Лихоимство, т.е. взяточничество за незаконные действия (бездействие) по службе, не является исключительно квалифицированным составом преступления. Правила законодательного формулирования квалифицированных составов преступлений на такую форму взяточничества, как лихоимство, распространяться не должны. Взяточничество за незаконные действия (бездействие) в виде злоупотребления должностными полномочиями и превышения должностных полномочий является в большей мере самостоятельным основным составом преступления, влекущим за собой более строгое уголовное наказание по причине более высокой степени общественной опасности данной формы взяточничества.
3. При таком понимании роли лихоимства в структуре составов взяточничества представляется неприемлемым высказанное в теории уголовного права мнение о том, что состав взяточничества за незаконные действия (бездействие) следует исключить из уголовного закона.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бабий Н. А. Квалификация взяточничества по уголовному праву Беларуси и России : монография. — М., 2014. — 720 с.
2. Борков В. Н. Действия (бездействие), которые входят в служебные полномочия, в диспозиции получения взятки // Уголовный закон: проблемы теоретического моделирования и применения. — Омск, 2006. — С. 68—75.
3. Борков В. Н. О сфере служебного поведения должностного лица, за которое может быть получена взятка // Правоведение. — 2007. — № 4. — С. 93—100.
4. Борков В. Н. Получение взятки: вопросы квалификации : дис. ... канд. юрид. наук. — Омск, 2002. — 183 с.
5. Волженкин Б. В. Служебные преступления : Комментарий законодательства и судебной практики. — СПб., 2005. — 560 с.
6. Гребенюк Р. А. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика взяточничества : дис. ... канд. юрид. наук. — Ставрополь, 2004.
7. Грошев А. О проекте постановления Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о взяточничестве, коммерческом подкупе и иных коррупционных преступлениях» // Уголовное право. — 2013. — № 5. — С. 53—60.
8. Иванчин А. В. Конструирование состава преступления: теория и практика : монография. — М., 2014. — 352 с.
9. Козаченко И. Я., Костарева Т. А., Кругликов Л. Л. Преступления с квалифицированными составами и их уголовно-правовая оценка. — Екатеринбург, 1994. — 59 с.
10. Комаров В. Б. Понятие незаконных действий (бездействия), совершаемых за взятку // Сборник статей, посвященный 25-летию юбилею Института права Челябинского государственного университета / Челябинский государственный университет, Институт права. — Челябинск : Полиграф-Мастер, 2016. — С. 258—260.
11. Краснопеева Е. В. Взяточничество: уголовно-правовой и криминологический аспекты : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2002. — 259 с.
12. Кругликов Л. Л., Василевский А. В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. — СПб., 2002. — 300 с.
13. Лопашенко Н. А. О некоторых проблемах понимания и толкования взяточничества и коммерческого подкупа (квалификационные проблемы) // Уголовное право. — 2013. — № 5. — С. 83—88.
14. Любавина М. А. Квалификация взяточничества : конспект лекций. — СПб., 2005. — 80 с.
15. Максимов С. В. Коррупция. Закон. Ответственность. — М., 2000. — 143 с.
16. Мишин Г. Дифференциация взяточничества // Советская юстиция. — 1989. — № 11. С. 29.

17. Никонов П. В. Уголовно-правовая характеристика получения взятки : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Иркутск, 2005.
18. Обсуждавшийся участниками конференции проект постановления Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о взяточничестве, коммерческом подкупе и иных коррупционных преступлениях» // Уголовное право. — 2013. — № 5. — С. 6—27.
19. Получение взятки муниципальным служащим: уголовно-правовые и криминологические аспекты : монография. — М. : Юрлитинформ, 2012. — 296 с.
20. Уголовный кодекс Республики Казахстан : учебно-практическое пособие. — Алматы, 2002. — 272 с.
21. Шеретов В. В. Противодействие взяточничеству: уголовно-правовой и криминологический аспекты : дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2005. — 188 с.
22. Шнитенков А. Проблемы юридической оценки коррупционных преступлений в проекте постановления Пленума Верховного Суда РФ // Уголовное право. — 2013. — № 5. — С. 114—116.
23. Щепельков В. Некоторые проблемы квалификации получения взятки // Уголовное право. — 2013. — № 5. — С. 117—119.
24. Яни П. С. Взятка за незаконные действия. Квалификация преступных действий, совершенных за взятку // Антология научной мысли : К 10-летию Российской академии правосудия : сборник статей / отв. ред. В. В. Ершов, Н. А. Тузов. — М. : Статут, 2008. — С. 359—366.
25. Яни П. С. Взятка или мошенничество? // Законность. — 2012. — № 6. — С. 29—34.
26. Яни П. С. Вопросы квалификации взяточничества // Законность. — 2013. — № 3. — С. 16—21.

Материал поступил в редакцию 19 февраля 2018 г.

"BRIBE-TAKING" AND "BRIBE-EXTORTION" AS CRITERIA OF DIFFERENTIATION OF RESPONSIBILITY FOR BRIBERY

KOVAL Andrey Vladimirovich, Postgraduate Student of the Institute of State and Law of the Tyumen State University
lawyer13av@mail.ru
625000, Russia, Tyumen, ul. Lenina, d. 38

Abstract. *The paper is devoted to the issues of validity of differentiation of criminal liability for bribery depending on the legality or illegality of the civil servant's conduct preconditioned by a bribe. Special attention is paid to the study of the legal nature of bribe-extortion, i.e. bribery for illegal actions (omissions to act). It is concluded that bribery for illegal actions (omissions to act) in office is not only a qualified element of the crime, but rather an independent main element of the crime entailing more severe criminal punishment due to the increased degree of public danger of this form of bribery. On this basis, it is recommended that the rules for the legislative formulation of qualified elements of crimes should not apply to such a form of bribery as bribe-taking. The opinion of some foreign legislators expressed in the theory of criminal law that the elements of bribery for illegal actions (omissions to act) should be excluded from the criminal law is refuted.*

Keywords: *bribe, bribe-taking, bribe-extortion, bribery, differentiation of responsibility, qualifying feature, bribe-taking, bribe-giving, illegal actions, corruption.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Babiy N. A. Kvalifikatsiya vzyatochnichestva po ugovnomu pravu Belarusi i Rossii : monografiya. — M., 2014. — 720 s.
2. Borkov V. N. Deystviya (bezdeystvie), kotorye vkhodyat v sluzhebnye polnomochiya, v dispozitsii polucheniya vzyatki // Uголовный закон: problemy teoreticheskogo modelirovaniya i primeneniya. — Omsk, 2006. — S. 68—75.
3. Borkov V. N. O sfere sluzhebного povedeniya dolzhnostnogo litsa, za kotoroe mozhet byt' poluchena vzyatka // Pravovedenie. — 2007. — № 4. — S. 93—100.

4. Borkov V. N. Poluchenie vzyatki: voprosy kvalifikatsii : dis. ... kand. yurid. nauk. — Omsk, 2002. — 183 s.
5. Volzhenkin B. V. Sluzhebnye prestupleniya : Kommentariy zakonodatel'stva i sudebnoy praktiki. — SPb., 2005. — 560 s.
6. Grebenyuk R. A. Ugolovno-pravovaya i kriminologicheskaya kharakteristika vzyatochnichestva : dis. ... kand. yurid. nauk. — Stavropol', 2004.
7. Groshev A. O proekte postanovleniya Plenuma Verkhovnogo Suda RF «O sudebnoy praktike po delam o vzyatochnichestve, kommercheskom podkupe i inyykh korruptsionnykh prestupleniyakh» // Ugolovnoe pravo. — 2013. — № 5. — S. 53—60.
8. Ivanchin A. V. Konstruirovaniye sostava prestupleniya: teoriya i praktika : monografiya. — M., 2014. — 352 s.
9. Kozachenko I. Ya., Kostareva T. A., Kruglikov L. L. Prestupleniya s kvalifitsirovannymi sostavami i ikh ugolovno-pravovaya otsenka. — Ekaterinburg, 1994. — 59 s.
10. Komarov V. B. Ponyatie nezakonnykh deystviy (bezdeystviya), sovershaemykh za vzyatku // Sbornik statey, posvyashchennyiy 25-letnemu yubileyu Instituta prava Chelyabinskogo gosudarstvennogo universiteta / Chelyabinskiiy gosudarstvenniy universitet, Institut prava. — Chelyabinsk : Poligraf-Master, 2016. — S. 258—260.
11. Krasnopeeva E. V. Vzyatochnichestvo: ugolovno-pravovoy i kriminologicheskiiy aspekty : dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2002. — 259 s.
12. Kruglikov L. L., Vasilevskiy A. V. Differentsiatsiya otvetstvennosti v ugolovnom prave. — SPb., 2002. — 300 s.
13. Lopashenko N. A. O nekotorykh problemakh ponimaniya i tolkovaniya vzyatochnichestva i kommercheskogo podkupa (kvalifikatsionnye problemy) // Ugolovnoe pravo. — 2013. — № 5. — S. 83—88.
14. Lyubavina M. A. Kvalifikatsiya vzyatochnichestva : konspekt lektsiy. — SPb., 2005. — 80 s.
15. Maksimov S. V. Korruptsiya. Zakon. Otvetstvennost'. — M., 2000. — 143 s.
16. Mishin G. Differentsiatsiya vzyatochnichestva // Sovetskaya yustitsiya. — 1989. — № 11. S. 29.
17. Nikonov P. V. Ugolovno-pravovaya kharakteristika polucheniya vzyatki : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — Irkutsk, 2005.
18. Obsuzhdavshiysya uchastnikami konferentsii projekt postanovleniya Plenuma Verkhovnogo Suda RF «O sudebnoy praktike po delam o vzyatochnichestve, kommercheskom podkupe i inyykh korruptsionnykh prestupleniyakh» // Ugolovnoe pravo. — 2013. — № 5. — S. 6—27.
19. Poluchenie vzyatki munitsipal'nym sluzhashchim: ugolovno-pravovye i kriminologicheskie aspekty : monografiya. — M. : Yurlitinform, 2012. — 296 s.
20. Ugolovniy kodeks Respubliki Kazakhstan : uchebno-prakticheskoe posobie. — Almaty, 2002. — 272 s.
21. Sheretov V. V. Protivodeystvie vzyatochnichestvu: ugolovno-pravovoy i kriminologicheskiiy aspekty : dis. ... kand. yurid. nauk. — SPb., 2005. — 188 s.
22. Shnitenkov A. Problemy yuridicheskoy otsenki korruptsionnykh prestupleniy v proekte postanovleniya Plenuma Verkhovnogo Suda RF // Ugolovnoe pravo. — 2013. — № 5. — S. 114—116.
23. Shchepelev V. Nekotorye problemy kvalifikatsii polucheniya vzyatki // Ugolovnoe pravo. — 2013. — № 5. — S. 117—119.
24. Yani P. S. Vzyatka za nezakonnye deystviya. Kvalifikatsiya prestupnykh deystviy, sovershennykh za vzyatku // Antologiya nauchnoy mysli : K 10-letiyu Rossiyskoy akademii pravosudiya : sbornik statey / otv. red. V. V. Ershov, N. A. Tuzov. — M. : Statut, 2008. — S. 359—366.
25. Yani P. S. Vzyatka ili moshennichestvo? // Zakonnost'. — 2012. — № 6. — S. 29—34.
26. Yani P. S. Voprosy kvalifikatsii vzyatochnichestva // Zakonnost'. — 2013. — № 3. — S. 16—21.

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

А. Г. Кулев*,
Л. О. Кулева**

Категоризация преступлений при конструировании уголовно-процессуальных норм

Аннотация. Нормы о категоризации преступлений по своей природе являются материально-правовыми. Тем не менее они имеют большое влияние на состояние и развитие уголовно-процессуальной материи. Положения УПК РФ, в которых получили свое воплощение предписания ст. 15 УК РФ, предлагается условно разделить на две группы. К первой группе относятся нормы уголовного судопроизводства, являющиеся неким логическим продолжением уголовно-правовых предписаний, связанных с освобождением от уголовной ответственности и наказания. Вторую группу образуют сугубо процессуальные нормы, напрямую не зависящие от материального закона: касающиеся состава суда, подсудности и подследственности уголовных дел, избрания мер пресечения, контроля и записи переговоров, возвращения уголовного дела прокурору. Особое внимание уделяется возможности изменения судом категоризации преступлений.

На основе изученных теоретических источников, материалов судебной практики авторами высказаны предложения, направленные на совершенствование действующего уголовно-процессуального законодательства и оптимизацию его применения в русле затронутых проблем.

Ключевые слова: категоризация преступлений, тяжесть преступления, уголовно-процессуальный кодекс РФ, уголовное судопроизводство, влияние категоризации преступлений, изменение категории преступления, прекращение уголовного дела, прекращение уголовного преследования, подсудность уголовных дел, подследственность преступлений, более тяжкое преступление.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.130-137

© Кулев А. Г., Кулева Л. О., 2019

* Кулев Александр Геннадьевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Ярославского государственного университета имени П.Г. Демидова (ЯрГУ)
kulev1984@mail.ru

150029, Россия, г. Ярославль, ул. 8 Марта

** Кулева Людмила Олеговна, аспирант кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета Ярославского государственного университета имени П.Г. Демидова (ЯрГУ)

ljudmila-pavlova11@rambler.ru

150029, Россия, г. Ярославль, ул. 8 Марта

Аксиоматичным является утверждение о том, что правовая система Российской Федерации представляет собой совокупность различных отраслей, в том числе криминального цикла: уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного. Несмотря на относительную самостоятельность названных отраслей (наличие собственного предмета и метода правового регулирования), они имеют генетическую связь¹. Данная связь выражается в общих задачах, институтах, отдельных нормах, отраслевая принадлежность которых порой трудно идентифицируема.

Нормы о категориях преступлений красной нитью проходят через УК РФ, что определяет их субстанциональное значение для уголовного права. Они влияют на построение его институтов: рецидива преступлений, назначения наказания и освобождения от уголовной ответственности и наказания, сроков давности, а кроме того, широко воплощаются в материи уголовно-процессуального законодательства. Анализ положений основного источника уголовного процесса — УК РФ — позволяет выделить две группы предписаний, посвященных категориям преступлений. Первая группа неразрывно связана с нормами уголовного закона, основана на них, является логическим продолжением последних. Ко второй группе относятся сугубо процессуальные нормы, напрямую не зависящие от материального закона.

Начнем с рассмотрения положений *первой группы*.

Прекращение уголовного дела или уголовного преследования. Связь уголовного и уголовно-процессуального права заключается в том, что компетентные органы вправе прекратить уголовное дело в связи с примирением сторон, назначением судебного штрафа и в связи с деятельным раскаянием (ст. 25, 25.1, 28 УК РФ). Данные правила освобождения от уголовной

ответственности закреплены в ст. 75, 76, 76.2 УК РФ, одним из условий применения которых выступает совершение преступлений небольшой или средней тяжести.

Подобное влияние категорий преступлений проявляется при прекращении уголовного дела в связи с истечением сроков давности уголовного преследования (п. 3 ч. 1 ст. 24 УК РФ), а также при специальных видах освобождения несовершеннолетних от уголовной ответственности (ч. 1 ст. 427 УК РФ) и наказания (ст. 432 УК РФ).

В указанных случаях категории преступлений, выполняя уголовно-правовое предназначение, преломляются через уголовно-процессуальный закон в «целях реализации уголовно-правовых институтов путем принятия обоснованных окончательных процессуальных решений»².

Следует отметить, что с точки зрения юридической техники законодателю следует более тщательно проводить демаркационную линию между уголовным правом и процессом. Речь идет о том, что ст. 25 УК РФ практически полностью копирует содержание ст. 76 УК РФ, ч. 1 ст. 28 УК РФ во многом дублирует положения ч. 1 ст. 75 УК РФ. Вряд ли подобные правотворческие приемы соответствуют идее экономии законодательного материала. Выходом из такой ситуации могло бы стать конструирование особых видов прекращения уголовного дела или уголовного преследования в отдельной норме УК РФ, невзирая на их многообразие³.

Вторая группа норм является более широкой.

Состав суда. Исходя из п. 2 ч. 3 ст. 30 УК РФ категории преступлений влияют на состав апелляционного суда. Уголовные дела о преступлениях небольшой и средней тяжести рассматриваются судьей верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области,

¹ См.: Взаимосвязь уголовного и уголовно-процессуального права : монография / под общ. ред. М. Б. Костровой. М. : Проспект, 2015. С. 42—43.

² Хайдаров А. А. Значение института категорий преступлений для отечественного уголовного судопроизводства // Библиотека криминалиста. 2016. № 3 (26). С. 129.

³ См.: Уголовный процесс : проблемные лекции / под ред. В. Т. Томина, И. А. Зинченко. М. : Юрайт, 2013. С. 655—664.

суда автономного округа, окружного (флотского) военного суда в апелляционном порядке единолично.

Подсудность и подследственность уголовных дел. Согласно ч. 1 ст. 31 УПК РФ мировой судья рассматривает уголовные дела о преступлениях небольшой тяжести, за исключением тех, которые прямо названы в УПК РФ. Полагаем, что законодатель преследовал цель уменьшить нагрузку районных (городских) судов⁴. Подобная же идея, на наш взгляд, послужила основанием для отнесения ряда преступлений к подследственности органов дознания, что повлекло сокращение количества дел, расследуемых в форме предварительного следствия⁵. Ввиду ограниченных сроков дознание производится по уголовным делам о преступлениях небольшой и средней тяжести (п. 2 ч. 3 ст. 150 УПК РФ). Однако иногда законодателем это правило нарушается. Например, п. 1 ч. 3 ст. 150 УПК РФ указывает на ст. 203, 242 УК РФ, соответственно ч. 2 и ч. 3 которых закрепляют составы тяжких преступлений. Представляется необходимым исключить указанные части из данного перечня.

Ввиду особой социальной значимости уголовных дел о тяжких и особо тяжких преступлениях, совершенных несовершеннолетними и в отношении них, предварительное следствие производится следователями Следственного комитета РФ (п. «г» ч. 2 ст. 151 УПК РФ).

Избрание мер пресечения. В ст. 99 УПК РФ устанавливается, что при решении вопроса о необходимости избрания меры пресечения в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления и определения ее вида, помимо иных обстоятельств должна

учитываться *тяжесть преступления*. Возникает вопрос: что понимает законодатель под последней? По нашему мнению, тяжесть преступления определяется отнесением уголовного правонарушения к той или иной категории. Так, в ч. 2 ст. 389¹⁸ УПК РФ сказано: «несправедливым является приговор, по которому назначено наказание, не соответствующее *тяжести преступления...*».

Осуществляя толкование термина «тяжесть преступления», суды апелляционной инстанции раскрывают его через такие понятия, как характер и степень общественной опасности преступления⁶. В свою очередь, категории преступлений выделяются в зависимости от характера и степени общественной опасности (ч. 1 ст. 15 УК РФ). Кроме того, интерпретируя текст ст. 48 УК РФ: «при осуждении за совершение тяжкого или особо тяжкого преступления...» Пленум Верховного Суда РФ понимает под указанными категориями преступлений их тяжесть⁷.

Исходя из вышеизложенного, полагаем, что понятия «категория преступления» и «тяжесть преступления» являются совпадающими по объему, синонимичными.

Следует отметить, что сама по себе категория преступления не может являться единственным и достаточным основанием для избрания той или иной меры пресечения. Президиум Верховного Суда РФ утверждает, что в настоящее время суды правильно исходят из того, что заключение под стражу не может быть мотивировано только тяжестью преступления: «Суды обоснованно отказывали в удовлетворении таких ходатайств в отношении подозреваемых, обвиняемых в том числе в совершении тяжких преступлений, если

⁴ См.: Бурмагин С. В. Статус и деятельность суда в уголовном процессе : учебное пособие. М. : Проспект, 2016. С. 46 ; Рябцева Е. В. Правосудие в уголовном процессе : монография. М. : Юрлитинформ, 2010. С. 239.

⁵ См.: Уголовно-процессуальное право. Актуальные проблемы теории и практики : учебник для магистров / под ред. В. А. Лазаревой, А. А. Тарасова. М. : Юрайт, 2012. С. 229—232.

⁶ См.: Настольная книга судьи : Рассмотрение и разрешение уголовных дел в апелляционном порядке : учебно-практическое пособие для судей / отв. ред. О. А. Егорова, Д. А. Фомин. М. : Проспект, 2015. С. 265—268.

⁷ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2015 г. № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания». П. 12 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 2. С. 19.

приходили к выводу о том, что не исключается возможность применения иной, более мягкой меры пресечения»⁸. Тем не менее встречаются случаи избрания самой репрессивной меры пресечения со ссылкой лишь на категорию преступления. Так, суд сделал вывод о том, что «обвиняемый, находясь на свободе, может под тяжестью обвинения скрыться от следствия и суда, помешать установлению истины по делу, препятствовать производству по уголовному делу, поскольку обвиняется в совершении особо тяжкого преступления против жизни, за которое уголовным законом предусмотрено наказание только в виде лишения свободы на срок от 6 до 15 лет»⁹. Или другой пример: «Лицо обвиняется в совершении особо тяжкого преступления против личности, за которое уголовным законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы»¹⁰.

Стоит отметить, что к несовершеннолетнему заключение под стражу может быть применено в случае, если он подозревается или обвиняется в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления (в исключительных случаях — средней тяжести) — ч. 2 ст. 108 УПК РФ. Но нельзя забывать про ч. 6 ст. 88 УК РФ, которая посвящена правилам назначения несовершеннолетним наказания в виде лишения свободы. Такой вид наказания не может быть назначен несовершеннолетнему, совершившему в возрасте до 16 лет преступление небольшой или средней тяжести впервые, а также другим несовершеннолетним, совершившим преступления небольшой тяжести впервые. В связи с этим избрание

меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении указанных лиц не допускается¹¹.

Продление срока содержания под стражей также зависит от категорий преступлений. До 12 месяцев оно может быть осуществлено в отношении лиц, обвиняемых в совершении тяжких и особо тяжких преступлений в случае особой сложности уголовного дела (ч. 2 ст. 109 УПК РФ), а срок содержания свыше 12 месяцев — лишь в исключительных случаях в отношении обвиняемых в особо тяжких преступлениях (ч. 3 ст. 109 УПК РФ). В ходе судебного разбирательства продление срока содержания под стражей допускается только по уголовным делам о тяжких и об особо тяжких преступлениях и каждый раз не более чем на 3 месяца (ч. 3 ст. 255 УПК РФ).

Важное значение категории преступлений имеют и при применении такой меры пресечения, как залог. Так, размер залога по уголовным делам о преступлениях небольшой и средней тяжести не может быть менее 50 тыс. руб., а по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях — менее 500 тыс. руб. (ч. 3 ст. 106 УПК РФ).

Контроль и запись переговоров. Данное следственное действие допускается при производстве по уголовным делам о преступлениях средней тяжести, тяжких и особо тяжких преступлениях на основании судебного решения (ч. 1 ст. 186 УПК РФ). Такой законодательный подход обусловлен, на наш взгляд, длительностью указанного процессуального действия, а преступления небольшой тяжести расследуются,

⁸ Обзор практики рассмотрения судами ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу и о продлении срока содержания под стражей, утв. Президиумом Верховного Суда РФ от 18 января 2017 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 9. С. 32.

⁹ Постановление Энгельсского районного суда Саратовской области по делу № 3/1-35/2018 от 22 февраля 2018 г. // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Постановление Балашовского районного суда Саратовской области по делу № 3/2-1-6/2018 от 21 февраля 2018 г. // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 1 февраля 2011 г. № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних». П. 6 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 4. С. 3; постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога». П. 10 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 2. С. 16.

как правило, в форме дознания, сроки которого весьма ограничены (ст. 223, 226.6 УПК РФ).

Возвращение уголовного дела прокурору. Уголовное дело возвращается прокурору при наличии фактических обстоятельств, выступающих в качестве оснований для квалификации действий как более тяжкого преступления (п. 6 ч. 1 ст. 237 УПК РФ). Эта процедура происходит и в тех случаях, когда после направления уголовного дела в суд наступили новые общественно опасные последствия инкриминируемого обвиняемому деяния, являющиеся основанием для предъявления ему обвинения в совершении более тяжкого преступления, или когда ранее вынесенные по уголовному делу решения отменены в порядке гл. 49 УПК РФ, а послужившие основанием для их отмены новые или вновь открывшиеся обстоятельства являются, в свою очередь, основанием для предъявления обвиняемому обвинения в совершении более тяжкого преступления (ч. 1.1 ст. 237 УПК РФ). К последнему следует, на наш взгляд, относить посягательства иной, повышенной категории по сравнению с первоначальной квалификацией, а также деяния, наказуемость которых усиливается в рамках прежней категории.

Категоризация преступлений влияет и на конструирование иных норм уголовно-процессуального права: на возможность заочного рассмотрения дела (ч. 4 ст. 247 УПК РФ), рассмотрения дела в особом порядке (ч. 1 ст. 314 УПК РФ) и др.

Далее остановимся на вопросе *изменения судом категории преступления* (ч. 6 ст. 15 УК РФ). Из указанной нормы видно, что решение данного вопроса может осуществляться только после назначения наказания, о чем свидетельствуют слова «осужденному назначено наказание». На наш взгляд, имеется несогласованность с положениями УПК РФ. Так, п. 6.1 ч. 1 ст. 299 УПК РФ гласит, что в совещательной комнате суд решает, имеются ли обстоятельства для изменения кате-

гории преступления на менее тяжкую, причем в силу п. 5 ст. 307 УПК РФ в описательно-мотивировочной части обвинительного приговора необходимо отразить обоснование этого. Следовательно, по УПК РФ данный вопрос решается до назначения наказания. В связи с этим А. Н. Кравцова предлагает законодателю определить процессуальный статус лица, которому суд изменяет категорию преступления¹².

«Судебная категоризация» имеет одинаковую правовую природу с законодательной. В связи с введением ч. 6 ст. 15 УК РФ возник вопрос: вправе ли суд освобождать лицо от уголовной ответственности при наличии всех условий, например в связи с примирением сторон, если категория преступления была изменена. Так, Ростовским районным судом Ярославской области тяжкое преступление было изменено на преступление средней тяжести, а затем на основании заявления потерпевшего о прекращении уголовного дела в связи с примирением и согласием на это подсудимой суд прекратил уголовное дело¹³. В апелляционном представлении прокурор просил отменить данное постановление как незаконное ввиду того, что перед изменением категории преступления суд не назначил лицу наказание, которое согласно ч. 6 ст. 15 УК РФ не должно превышать пяти лет лишения свободы. Судебная коллегия по уголовным делам Ярославского областного суда оставила апелляционное представление без удовлетворения исходя из того, что дополнительное условие в виде назначения наказания фактически было соблюдено (подсудимой не было назначено наказание, превышающее пяти лет лишения свободы), а суд, исходя из своих полномочий, «счел возможным не выносить приговор и не назначать наказание вовсе»¹⁴.

Очевидно, что введение ч. 6 ст. 15 УК РФ преследовало цель смягчить лицу категорию преступления и, соответственно, последствия за его

¹² Кравцова А. Н. Пределы полномочий суда кассационной инстанции по применению части 6 статьи 15 УК РФ // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 70—71.

¹³ Постановление Ростовского районного суда Ярославской области от 18 октября 2017 г. по делу № 1-148/2017 // Архив Ростовского районного суда Ярославской области.

¹⁴ Апелляционное определение Ярославского областного суда от 28 ноября 2017 г. по делу № 22-1770 // Архив Ростовского районного суда Ярославской области.

совершение. В этой связи вспоминается отмененный п. 26 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 19: «В случае, когда при постановлении приговора суд, назначив наказание, в соответствии с частью 6 статьи 15 УК РФ изменил категорию преступления на менее тяжкую, то при наличии оснований, предусмотренных статьями 75, 76, 76.1 и 78 УК РФ, он освобождает осужденного от отбывания назначенного наказания»¹⁵. Таким образом, Пленум Верховного Суда РФ создал новый вид освобождения от наказания, что, видимо, и явилось причиной исключения указанного пункта из постановления¹⁶.

Коллизия между УК РФ и УПК РФ не способствует единообразию правоприменительной практики. На наш взгляд, судам необходимо руководствоваться положениями УПК РФ, которые позволяют освобождать лицо от уголовной ответственности после изменения категории преступления, что соответствует целям принятия ч. 6 ст. 15 УК РФ. Вместе с тем законодателю следует задуматься о целесообразности существования данной нормы и в будущем исключить ее. Подобные предложения уже высказывались ранее¹⁷.

Таким образом, мы выяснили, что категоризация преступлений (тяжесть преступлений) имеет широкое значение при конструировании норм и институтов не только уголовного, но и уголовно-процессуального права. В процессе написания работы мы пришли к следующим основным выводам:

1. Будучи материально-правовыми по своей сущности, нормы о категориях преступлений оказывают большое влияние на построение отдельных уголовно-процессуальных предписаний.
2. Особые виды прекращения уголовного дела и уголовного преследования (ст. 25, 25.1, 28 УПК РФ) в силу унифицированного подхода к их регламентации должны быть изложены в одной статье УПК РФ.
3. К подсудственности органов дознания должны быть отнесены только дела о преступлениях небольшой и средней тяжести.
4. Понятия «категория преступления» и «тяжесть преступления» должны рассматриваться как синонимичные, обладающие одинаковым объемом.
5. Избрание или продление той или иной меры пресечения не могут быть мотивированы ссылкой только на тяжесть (катеорию) преступления.
6. К более тяжким преступлениям (п. 6 ч. 1 ст. 237 УПК РФ) следует относить посягательства иной, повышенной категории по сравнению с первоначальной квалификацией, а также деяния, наказуемость которых усиливается в рамках прежней категории.
7. Положение уголовного закона, позволяющее суду влиять на категоризацию преступлений (ч. 6 ст. 15 УК РФ), должно быть исключено из закона.

¹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г.

¹⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 56 «О внесении изменений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 1. С. 35.

¹⁷ См.: Малков В. П. Право суда на изменение категории преступления // Законность. 2013. № 11. С. 39; Рогова Е. В. Учение о дифференциации уголовной ответственности : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 321.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бурмагин С. В. Статус и деятельность суда в уголовном процессе : учебное пособие. — М. : Проспект, 2016. — 304 с.
2. Взаимосвязь уголовного и уголовно-процессуального права : монография / под общ. ред. М. Б. Костровой. — М. : Проспект, 2015. — 296 с.
3. Кравцова А. Н. Пределы полномочий суда кассационной инстанции по применению части 6 статьи 15 УК РФ // Журнал российского права. — 2014. — № 8. — С. 67—72.
4. Малков В. П. Право суда на изменение категории преступления // Законность. — 2013. — № 11. — С. 36—39.
5. Настольная книга судьи : Рассмотрение и разрешение уголовных дел в апелляционном порядке : учебно-практическое пособие для судей / отв. ред. О. А. Егорова, Д. А. Фомин. — М. : Проспект, 2015. — 336 с.
6. Рогова Е. В. Учение о дифференциации уголовной ответственности : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2014. — 596 с.
7. Рябцева Е. В. Правосудие в уголовном процессе : монография. — М. : Юрлитинформ, 2010. — 400 с.
8. Уголовно-процессуальное право. Актуальные проблемы теории и практики : учебник для магистров / под ред. В. А. Лазаревой, А. А. Тарасова. — М. : Юрайт, 2012. — 476 с.
9. Уголовный процесс : проблемные лекции / под ред. В. Т. Томина, И. А. Зинченко. — М. : Юрайт, 2013. — 799 с.
10. Хайдаров А. А. Значение института категорий преступлений для отечественного уголовного судопроизводства // Библиотека криминалиста. — 2016. — № 3 (26). — С. 128—131.

Материал поступил в редакцию 5 апреля 2018 г.

CLASSIFICATION OF CRIMES IN DESIGNING CRIMINAL PROCEDURE REGULATIONS

KULEV Aleksandr Gennadievich, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Procedure and Forensic Science of the P.G. Demidov Yaroslavl State University (YarSU)
kulev1984@mail.ru
150029, Russia, Yaroslavl, ul. 8 Marta

KULEVA Lyudmila Olegovna, Postgraduate of the Department of Criminal Law and Criminology of the Faculty of Law of the P.G. Demidov Yaroslavl State University (YarSU)
ljudmila-pavlova11@rambler.ru
150029, Russia, Yaroslavl, ul. 8 Marta

Abstract. *The rules on categorization of crimes are substantive and legal by their nature. Nevertheless, they have a great influence on the state and development of criminal procedural matter. It is proposed to divide the provisions of the Criminal Procedural Code of the Russian Federation, which reflect the provisions of Art. 15 of the Criminal Code of the Russian Federation, into two groups. The first group includes the norms of criminal proceedings that are a kind of logical continuation of criminal law regulations related to exemption from criminal liability and punishment. The second group consists of strictly procedural rules that are not directly dependent on the substantive law: the composition of the bench, jurisdiction and competence of criminal cases, bail hearing, negotiations control and recording, the return of a criminal case to the prosecutor. Particular attention is given to the possibility for the court to change the classification of crimes.*

Based on the studied theoretical sources and court practice, the authors make suggestions aimed at improving the existing criminal procedure legislation and optimizing its application in the framework of the issues raised.

Keywords: *classification of crimes, gravity of the crime, Criminal Procedural Code of the Russian Federation, criminal proceedings, impact of crime classification, change in the category of crime, termination of a criminal case, termination of criminal prosecution, jurisdiction of criminal cases, criminal investigation, more serious crime.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Burmagin S. V.* Status i deyatel'nost' suda v ugolovnom protsesse : uchebnoe posobie. — M. : Prospekt, 2016. — 304 s.
2. *Vzaimosvyaz' ugolovnogo i ugolovno-protsessual'nogo prava : monografiya / pod obshch. red. M. B. Kostrovoy.* — M. : Prospekt, 2015. — 296 s.
3. *Kravtsova A. N.* Predely polnomochiy suda kassatsionnoy instantsii po primeneniyu chasti 6 stat'i 15 UK RF // Zhurnal rossiyskogo prava. — 2014. — № 8. — S. 67—72.
4. *Malkov V. P.* Pravo suda na izmenenie kategorii prestupleniya // Zakonnost'. — 2013. — № 11. — S. 36—39.
5. *Nastol'naya kniga sud'i : Rassmotrenie i razreshenie ugolovnykh del v apellyatsionnom poryadke : uchebno-prakticheskoe posobie dlya sudey / otv. red. O. A. Egorova, D. A. Fomin.* — M. : Prospekt, 2015. — 336 s.
6. *Rogova E. V.* Uchenie o differentsiatsii ugolovnoy otvetstvennosti : dis. ... d-ra yurid. nauk. — M., 2014. — 596 s.
7. *Ryabtseva E. V.* Pravosudie v ugolovnom protsesse : monografiya. — M. : Yurlitinform, 2010. — 400 s.
8. *Ugolovno-protsessual'noe pravo. Aktual'nye problemy teorii i praktiki : uchebnyk dlya magistrrov / pod red. V. A. Lazarevoy, A. A. Tarasova.* — M. : Yurayt, 2012. — 476 s.
9. *Ugolovniy protsess : problemnye lektsii / pod red. V. T. Tomina, I. A. Zinchenko.* — M. : Yurayt, 2013. — 799 s.
10. *Khaydarov A. A.* Znachenie instituta kategoriy prestupleniy dlya otechestvennogo ugolovnogo sudoproizvodstva // Biblioteka kriminalista. — 2016. — № 3 (26). — S. 128—131.

КРИМИНАЛИСТИКА И КРИМИНОЛОГИЯ. СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

П. Н. Фещенко*

Системный подход к противодействию коррупции

Аннотация. В статье автором рассматриваются проблемы повышения эффективности противодействия коррупции и предлагаются пути совершенствования данной деятельности. Вносятся предложения по устранению нарушений принципа системности при определении понятия коррупции и ее структуры, построению системы мер и субъектов антикоррупционной деятельности, повышению заинтересованности граждан в сотрудничестве с правоохранительными органами. Анализируется положительный зарубежный и отечественный опыт. Предлагаются дополнения в Федеральный закон от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции».

Обосновывается необходимость рассмотрения влияния на коррупцию организованной преступности и связанных с нею криминогенных фоновых явлений, прежде всего проституции, поднимается вопрос о необходимости стимулирования активности граждан в противодействии коррупции через систему материального и морального поощрения, предлагается введение уголовной ответственности в данной сфере по аналогии с конструкцией ст. 205.6 УК РФ. Обосновывается необходимость контроля доходов и расходов всех субъектов коррупционных правоотношений, получающих в результате сделок незаконные доходы.

Ключевые слова: коррупция, системный подход, организованная преступность, причины и условия преступности, противодействие коррупции, уголовно-правовые меры, стимулирование активности населения.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.138-143

На десятом году реализации положений Федерального закона от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»¹ (далее — Закон № 273-ФЗ) Президент России В. В. Путин, выступая на Коллегии Генеральной прокуратуры по итогам 2017 г., отметил:

«Хотел бы сегодня обратить... особое внимание на задачу по кардинальному усилению работы по такому направлению, как противодействие коррупции. Мы постоянно об этом говорим, но с повестки дня этот вопрос, к сожалению, пока не снят»².

¹ СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6228.

² URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/56863> (дата обращения: 19 февраля 2018 г.).

© Фещенко П. Н., 2019

* Фещенко Павел Николаевич, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Волго-Вятского института (филиала) Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
fpr2005@mail.ru
610002, Россия, г. Киров, ул. Ленина, д. 99

При анализе причин недостатков следует иметь в виду, что, как и в любой деятельности, в сфере противодействия коррупции необходимо соблюдать основополагающие принципы, одним из которых, несомненно, является принцип научности, предполагающий использование достижений науки в решении практических задач. К таким достижениям можно отнести развитие системного подхода³ к исследованию сложных объектов, к которым криминологи и относят преступность и коррупцию. Системный подход предполагает рассмотрение коррупции как системы взаимосвязанных элементов и ее места среди иных, связанных с нею систем, рассмотрение системы воздействующих на них субъектов и системы мер профилактического воздействия.

Анализ сегодняшнего состояния противодействия коррупции позволяет сделать вывод об отходе в ряде случаев от такого научно обоснованного подхода, что можно считать одной из проблем, снижающих эффективность реализуемых мероприятий.

Прежде всего, сегодняшнее законодательство не определяет коррупцию как «явление» и, как следствие, как «систему» с соответствующей структурой и характером связи ее элементов⁴. В силу этого не определены структурные элементы, например «бытовая коррупция», «экономическая», «политическая», «низовая», «элитарная» и т.д. В итоге, с одной стороны, в нормативных документах появляются произвольные термины, типа «откат»⁵, с другой стороны, меры противодействия не подразделяются по специфике соответствующих структурных элементов.

Например, очевидно, что для «низовой коррупции», где взятки составляют 5—10 тыс. руб.⁶, действенным было бы существенное повышение заработной платы муниципальных служащих, в то время как для «элитарной», где суммы исчисляются миллионами рублей и долларов, действенными были бы конфискация имущества, пожизненный запрет на госслужбу или высылка из столицы в дальние регионы страны, как в царской России.

Во-вторых, коррупция не рассматривается в связи со всеми системами — явлениями нашего общества, где наиболее близким и важным криминологи выделяют «организованную преступность»⁷ со своей иерархией, системой управления, идеологией, финансовой базой и, главное, способами обеспечения своих интересов и воздействия на должностных лиц: шантажом, убийствами, похищениями и т.п.⁸ Очевидно, что эта сторона коррупционных взаимоотношений требует своего места в Законе № 273-ФЗ, где сегодня термин «организованная преступность» вообще не упоминается.

На эту ситуацию еще раз обратили внимание выступавшие в ходе Общероссийской научно-практической конференции «Криминальные реалии, реагирование на них и закон», прошедшей в Москве 23—24 января 2018 г. на базе Всероссийского государственного университета юстиции.

В-третьих, применительно к системе субъектов противодействия коррупции, как представляется, недостаточно регламентирована роль граждан и их объединений. Прежде всего, в Федеральном законе от 23 июня 2016 г.

³ Клар Дж. Системология. Автоматизация решения системных задач : пер. с англ. М. : Радио и связь, 1990. С. 5—15.

⁴ Наумов А. Новое антикоррупционное законодательство: многое упущено // Уголовное право. 2009. № 4. С. 36—45.

⁵ Указ Президента РФ от 1 апреля 2016 г. № 147 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2016—2017 годы» // СЗ РФ. 2016. № 14. Ст. 1985.

⁶ Шиканова Д. В. Получение взятки муниципальным служащим: уголовно-правовые и криминологические аспекты : монография. М. : Юрлитинформ, 2012. С. 53.

⁷ Долгова А. И. Криминологические оценки организованной преступности и коррупции, правовые баталии и национальная безопасность. М. : Российская криминологическая ассоциация, 2011. С. 623—645.

⁸ Номоконов В. А. Организованная преступность: транснациональные признаки // URL: <http://www.crime-research.ru/library/Nomokon2.html> (дата обращения: 19 февраля 2018 г.).

№ 182-ФЗ «Об основах системы профилактики правонарушений в Российской Федерации»⁹ они не отнесены к самостоятельным субъектам профилактики, а значит, не могут проводить расследование коррупционных деяний без согласования и взаимодействия с установленными в данном Законе «субъектами профилактики», к которым отнесены органы внутренних дел, прокуратура и др.

На наш взгляд, имеет смысл поддержать инициативы установления системы материальных и моральных поощрений граждан¹⁰, сообщающих в правоохранительные органы о ставших им известными коррупционных правонарушениях. В этом плане следует отметить, что еще в 2015 г. был подготовлен Минтрудом¹¹ законопроект «О защите лиц, сообщивших о коррупционных правонарушениях, от преследования и ущемления их прав и законных интересов со сторон должностных лиц, действия (бездействие) которых обжалуются», где было предусмотрено материальное и моральное стимулирование граждан, сообщивших о взятках и хищениях бюджетных средств¹².

Кроме того, помимо морального и материального стимулирования традиционным явля-

ется и использование страха ответственности как стимула для законопослушного поведения.

Следует обратить внимание на то обстоятельство, что в целях снижения преступности законодателем недавно введена ст. 205.6 УК РФ, предусматривающая уголовную ответственность за несообщение о целом ряде готовящихся или совершенных преступлений террористического характера. Как представляется, аналогичную статью было бы целесообразно добавить и применительно к ответственности за несообщение о многомиллиардных хищениях бюджетных средств.

Все это неминуемо снизит скрытый от регистрации, латентный массив коррупции и позволит более объективно оценить ее состояние и результаты противодействия.

В-четвертых, считаем необходимым обратить внимание на понимание причин и условий коррупции, поскольку Национальная стратегия противодействия коррупции¹³ поставила задачу «искоренения причин и условий, порождающих коррупцию в российском обществе», не раскрывая далее их содержание. Криминологи их раскрывают и классифицируют по широкому кругу оснований¹⁴.

⁹ Российская газета. 2016. 28 июня.

¹⁰ *Фещенко П. Н.* Нравственный аспект предупреждения преступности (Появится ли в России новый «Павлик Морозов»?) // Актуальные проблемы гуманитарных и экономических наук : материалы Всероссийской научно-практической конференции : в 2 т. Киров : Изд-во Кировского филиала МГЭИ, 2005. Т. 1. С. 138—143.

¹¹ Законопроект был разработан на основе рекомендаций, выработанных по итогам заседания в Общественной палате Российской Федерации по вопросу о защите лиц, сообщивших о фактах коррупции, в декабре 2014 года, с участием членов Экспертного совета при Управлении Президента РФ по вопросам противодействия коррупции, депутатов Государственной Думы, а также представителей научного и экспертного сообщества. Разработка законопроекта также была предусмотрена Национальным планом противодействия коррупции на 2014—2015 годы, утвержденным Указом Президента РФ от 11 апреля 2014 г. № 226.

¹² Минтруд России подготовил законопроект, направленный на защиту лиц, сообщивших о коррупционном правонарушении // URL: <http://www.rosmintrud.ru/labour/public-service/102> (дата обращения: 26 апреля 2018 г.).

¹³ Указ Президента РФ от 13 апреля 2010 г. № 460 (ред. от 13.03.2012) «О Национальной стратегии противодействия коррупции и Национальном плане противодействия коррупции на 2010—2011 годы» // Российская газета. 2010. 15 августа.

¹⁴ *Эминов В. Е.* Причины преступности в России: криминологический и социально-психологический анализ. М. : Норма: Инфра-М, 2011. С. 22—26.

На наш взгляд, сегодня мероприятия в сфере противодействия коррупции, в том числе отраженные в национальных планах, в основном направлены на устранение причин. К ним относятся недостатки и проблемы, порождающие преступную мотивацию: бюрократические процедуры, трудности в удовлетворении потребностей в сфере образования и здравоохранения и т.д.

Что же касается «благоприятствующих коррупции условий», то следует отметить наличие проблем и пробелов. В частности, к объективным условиям, способствующим коррупции, криминологи относят возможность распоряжаться незаконными доходами. С позиций системного подхода здесь видятся две проблемы:

- не контролируются и не отражаются в декларациях расходы должностных лиц на приобретение ювелирных украшений, дорогостоящие услуги в сфере здравоохранения, отдыха и туризма;
- во-вторых, получаемые в результате коррупционных преступлений незаконные доходы сегодня не контролируются у взяткодателей, например добывающих незаконно природные ресурсы, а также представителей организованной преступности, получающих сверхдоходы от игорного бизнеса, наркоторговли, контрабанды и т.п.

На наш взгляд, следует учитывать, что на коррумпированное должностное лицо можно выйти как по итогам контроля за его доходами и расходами, так и в ходе аналогичной деятельности в отношении взяткодателя.

Иллюстрацией к сказанному, как представляется, может быть широко освещаемая в СМИ ситуация с Захарченко: «Никулинский суд 1 декабря 2017 года полностью удовлетворил иск Генпрокуратуры РФ об обращении в доход государства арестованного у Захарченко имущества и денежных средств на общую сумму бо-

лее 9 млрд руб. Это 27 объектов недвижимости, в том числе квартиры и машино-места в элитных районах Москвы, четыре дорогостоящих автомобиля, зарегистрированных на близких родственников Захарченко и иных лиц, золотой слиток, денежные средства в рублях и валюте на сумму около 8 млрд руб.»¹⁵.

Данные направления деятельности также представляется целесообразным отразить в Законе № 273-ФЗ.

Кроме того, на наш взгляд, выявление указанных недостатков, способствующих развитию коррупции и снижающих эффективность мер противодействия данному негативному явлению, было бы целесообразно включить в Федеральный закон от 17.07.2009 № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»¹⁶, изложив ч. 2 ст. 1 в следующей редакции: «Коррупционными факторами являются положения нормативных правовых актов (проектов нормативных правовых актов), устанавливающие для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил, а также положения, содержащие неопределенные, трудновыполнимые и (или) обременительные требования к гражданам и организациям, пробелы антикоррупционного законодательства, создающие условия для проявления коррупции».

Изложенные материалы позволяют сделать вывод, что каждый из перечисленных примеров нарушения принципа системности в итоге ведет к отсутствию активности на конкретных направлениях и снижает общий итог данной работы. Предложенные дополнения в законодательство в сфере противодействия коррупции, как представляется, будут способствовать повышению эффективности на данном важнейшем направлении деятельности.

¹⁵ Суд утвердил решение о конфискации имущества полковника Захарченко // URL: <https://news.mail.ru/incident/33055483/?frommail=1> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

¹⁶ Российская газета. 2009. 22 июля.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Долгова А. И. Криминологические оценки организованной преступности и коррупции, правовые баталии и национальная безопасность. — М. : Российская криминологическая ассоциация, 2011.
2. Клар Дж. Системология. Автоматизация решения системных задач : пер. с англ. — М. : Радио и связь, 1990.
3. Минтруд России подготовил законопроект, направленный на защиту лиц, сообщивших о коррупционном правонарушении // URL: <http://www.rosmintrud.ru/labour/public-service/102> (дата обращения: 26 апреля 2018 г.).
4. Наумов А. О. «Цветные революции» как угроза государственному суверенитету. Опыт Кыргызстана // Мировая политика. — 2016. — № 2. — С. 36—45.
5. Номоконов В. А. Организованная преступность: транснациональные признаки // URL: <http://www.crime-research.ru/library/Nomokon2.html> (дата обращения: 19 февраля 2018 г.).
6. Суд утвердил решение о конфискации имущества полковника Захарченко // URL: <https://news.mail.ru/incident/33055483/?frommail=1> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).
7. Фещенко П. Н. Нравственный аспект предупреждения преступности (Появится ли в России новый «Павлик Морозов»?) // Актуальные проблемы гуманитарных и экономических наук : материалы Всероссийской научно-практической конференции : в 2 т. — Киров : Издательство Кировского филиала МГЭИ, 2005. — Т. 1. — С. 138—143.
8. Шиканова Д. В. Получение взятки муниципальным служащим: уголовно-правовые и криминологические аспекты : монография. — М. : Юрлитинформ, 2012.
9. Эминов В. Е. Причины преступности в России: криминологический и социально-психологический анализ. — М. : Норма: Инфра-М, 2011.

Материал поступил в редакцию 28 апреля 2018 г.

SYSTEMATIC APPROACH TO CORRUPTION CONTROL

FESCHENKO Pavel Nikolayevich, PhD in Law, Docent, Head of the Department of Criminal Law and Criminology of the Kirov Institute (Branch) of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
fnp2005@mail.ru
610002, Russia, Kirov, ul. Lenina, d. 99

Abstract. *The paper discusses the problems of intensification of corruption control and suggests ways to improve this activity. Proposals are made to eliminate violations of the systemic principle in defining the concept of corruption and its structure, building a system of measures and subjects of anti-corruption activities, increasing the interest of citizens in cooperation with law enforcement agencies. The positive foreign and domestic experience is analyzed. Additions to the Federal Law No. 273-FZ dated December 25, 2008 "On Combating Corruption" are proposed. The author justifies the need to consider the impact on corruption of organized crime and related criminogenic background phenomena, primarily prostitution, raises the issue of the need to stimulate citizens' activity in combating corruption through a system of material and moral incentives, suggests criminal liability in this area by analogy with the construction of art. 205.6 of the Criminal Code of the Russian Federation. The author justifies the need to control the income and expenditure of all subjects of corruption relations that receive illegal income resulting from transactions.*

Keywords: *corruption, systematic approach, organized crime, causes and conditions of crime, anti-corruption, criminal law measures, stimulating the activity of the population.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Dolgova A. I.* Kriminologicheskie otsenki organizovannoy prestupnosti i korruptsii, pravovye batalii i natsional'naya bezopasnost'. — M. : Rossiyskaya kriminologicheskaya assotsiatsiya, 2011.
2. Klir Dzh. Sistemologiya. Avtomatizatsiya resheniya sistemnykh zadach : per. s angl. — M. : Radio i svyaz', 1990.
3. Mintrud Rossii podgotovil zakonoproekt, napravleniy na zashchitu lits, soobshchivshikh o korruptsionnom pravonarushenii // URL: <http://www.rosmintrud.ru/labour/public-service/102> (data obrashcheniya: 26 aprelya 2018 g.).
4. *Naumov A. O.* «Tsvetnye revolyutsii» kak ugroza gosudarstvennomu suverenitetu. Opyt Kyrgyzstana // Mirovaya politika. — 2016. — № 2. — S. 36—45.
5. *Nomokonov V. A.* Organizovannaya prestupnost': transnatsional'nye priznaki // URL: <http://www.crime-research.ru/library/Nomokon2.html> (data obrashcheniya: 19 fevralya 2018 g.).
6. Sud utverdil reshenie o konfiskatsii imushchestva polkovnika Zakharchenko // URL: <https://news.mail.ru/incident/33055483/?frommail=1> (data obrashcheniya: 10 aprelya 2018 g.).
7. *Feshchenko P. N.* Nравственный аспект предупреждения преступности (Poyavitsya li v Rossii noviy «Pavlik Morozov»?) // Aktual'nye problemy gumanitarnykh i ekonomicheskikh nauk : materialy Vserossiyskoy nauchno-prakticheskoy konferentsii : v 2 t. — Kirov : Izdatel'stvo Kirovskogo filiala MGEl, 2005. — T. 1. — S. 138—143.
8. *Shikanova D. V.* Poluchenie vzyatki munitsipal'nym sluzhashchim: ugovovno-pravovye i kriminologicheskie aspekty : monografiya. — M. : Yurlitinform, 2012.
9. *Eminov V. E.* Prichiny prestupnosti v Rossii: kriminologicheskii i sotsial'no-psikhologicheskii analiz. — M. : Norma: Infra-M, 2011.

Общая характеристика системы коллизионно-правового регулирования объектов промышленной собственности

Аннотация. В статье применен комплексный подход к исследованию системы коллизионно-правового регулирования объектов промышленной собственности. Автором подчеркивается отсутствие унифицированных коллизионных норм, которые регулировали бы порядок определения права, применимого к промышленной собственности, и сферу действия такого права. Отмечается тенденция формирования системного подхода к коллизионно-правовому регулированию промышленной собственности. В основе системы коллизионно-правового регулирования промышленной собственности лежит сохраняющийся территориальный принцип охраны объектов промышленной собственности, оказывающий существенное влияние на развитие коллизионно-правового регулирования промышленной собственности. По различным аспектам коллизионно-правового регулирования именно промышленной собственности на основе законодательства разных государств, а также гармонизирующих принципов коллизионного регулирования интеллектуальной собственности обобщается и отмечается использование коллизионных принципов: «право страны, где истребуется охрана», «право страны, в отношении которой истребуется охрана», «право страны регистрации», «право страны предоставления охраны», «право страны создания», «право страны происхождения», «право страны места совершения правонарушения». Автор приходит к выводу, что специфика отношений, складывающихся в сфере охраны промышленной собственности, предопределяет развитие системы коллизионно-правового регулирования промышленной собственности. Осложнение таких отношений иностранным элементом в самых разнообразных вариациях свидетельствует о специфике объектов промышленной собственности и необходимости разработки отдельных коллизионно-правовых подходов к определению права, применимого к различным аспектам прав промышленной собственности.

Ключевые слова: коллизионно-правовое регулирование, система, коллизионные принципы, промышленная собственность, гармонизирующие принципы, национальные подходы, территориальный принцип охраны, коллизионные привязки, *lex loci protectionis*, *lex originis*.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.144-155

© Шахназаров Б. А., 2019

* Шахназаров Бениамин Александрович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

ben_raf@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Актуальность проблематике охраны промышленной собственности в трансграничных отношениях придает особый для всех частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, коллизионный вопрос. На международно-правовом уровне отсутствуют унифицированные коллизионные нормы, которые регулировали бы порядок определения права, применимого к промышленной собственности, и сферу действия такого права. В то же время в законодательстве многих государств закреплены особые подходы к определению права, применимого к промышленной собственности. Коллизионно-правовые подходы к промышленной собственности зачастую существенно различаются терминологически и содержательно. Встречаются дифференцированные коллизионные подходы к объектам авторских прав и объектам промышленной собственности. Наблюдается тенденция к дифференциации коллизионно-правового регулирования применительно к отдельным вопросам, тем или иным аспектам прав на объекты промышленной собственности в целом. Рассматриваемая проблематика стала предметом пристального изучения крупнейших научных центров, представляющих различные континенты (Американский институт права, Институт Макса Планка (Германия), Университет Васеда (Япония), Ассоциация международного частного права Кореи, Ассоциация международного частного права Японии).

Обозначенное позволяет судить о тенденции формирования системного подхода к коллизионно-правовому регулированию промышленной собственности.

В основе системы коллизионно-правового регулирования промышленной собственности лежит сохраняющийся принцип территориальной независимости охраны объектов промышленной собственности (территориальный принцип охраны объектов промышленной собственности), оказывающий существенное влияние на развитие коллизионно-правового регулирования промышленной собственности.

Территориальный принцип охраны объектов промышленной собственности, вытекающий из положений ст. 4-bis «Патенты: независимость

патентов, полученных на одно и то же изобретение в различных странах» и 6 «Знаки: условия регистрации; независимость охраны одного и того же знака в различных странах» Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., а также из положений Конвенции о предоставлении национального режима охраны промышленной собственности государствами-участниками, положений международных договоров, закрепляющих механизмы подачи международных заявок (Мадридское соглашение о международной регистрации знаков, Гагское соглашение о международной регистрации промышленных образцов 1925 г., Договор о патентной кооперации 1970 г.) и других международных договоров, будучи реализованным в национальном законодательстве разных стран, может оказывать влияние на действие коллизионно-правовых норм, регулирующих отношения как в сфере охраны прав на объекты промышленной собственности, так и в сфере передачи исключительных прав на таковые. Если в первом случае территориальный принцип довольно часто реализуется через коллизионную привязку «право страны, где истребуется охрана» (*lex loci protectionis*), т.е., по сути, выражается в таком коллизионно-правовом подходе, то в случае, например, с договорным статутом (по договорам передачи исключительных прав на объекты промышленной собственности) при выборе применимого права имеется ряд особенностей. Для целей объективного определения права, которое отражало бы наибольшую связь правоотношения, возникающего в сфере охраны исключительных прав на объект промышленной собственности, с правопорядком той или иной страны, сто́ит обозначить специфику самих объектов охраны. В большом разнообразии объектов интеллектуальной собственности, закрепленных в том или ином международном договоре, встречаются такие объекты, исключительные права на которые имеют определенные особенности, в частности не подлежат передаче. К таковым относятся фирменные наименования, наименования места происхождения товара, географические указания, коммерческие обозначения, научные открытия. Первые четыре можно с уве-

ренностью назвать объектами промышленной собственности. Научное открытие является особым самостоятельным объектом интеллектуальной собственности. Выделение отдельно наименований мест происхождения и географическим указаний, на наш взгляд, оправдано и обусловлено положениями Женевского акта (2015 г.) Лиссабонского соглашения об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации 1958 г. Географические указания хотя и не указаны в Парижской конвенции в качестве объектов охраны промышленной собственности, в отличие от наименования места происхождения товара, являются таковыми ввиду общности режимов охраны с наименованиями места происхождения товаров, согласно обозначенному выше Женевскому акту, а также ввиду предоставления географическим указаниям охраны положениями Соглашения ТРИПС 1994 г. со ссылкой на положения Парижской конвенции (п. 1 ст. 2 Соглашения ТРИПС). Кроме того, географическое указание, так же как и наименование места происхождения, по своей сути является средством индивидуализации, используемым в промышленности. Что касается коммерческих обозначений, то на международно-правовом уровне эти объекты промышленной собственности получили охрану с принятием в 1967 г. Стокгольмской конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности. Статья 1 Конвенции в перечне прав интеллектуальной собственности закрепляет права, относящиеся и к коммерческим обозначениям. В то же время какое-либо регулирование коммерческих обозначений на международном уровне отсутствует. Однако в отличие от остальных объектов промышленной собственности, исключительные права на которые непередаваемы, фирменные наименования и коммерческие обозначения могут быть переданы в составе юридических лиц и предприятий (соответственно), которые они индивидуализируют, по договорам купли-продажи долей, акций юридического лица или купли-продажи или аренды предприятия (в случае с коммерческим обозначением). Такие способы передачи не являются специаль-

ными способами передачи исключительного права на фирменное наименование и коммерческое обозначение. Исключительное право на эти объекты все же непередаваемо. Речь идет о переходе неразрывно связанного с имуществом или иными имущественными правами исключительного права новому собственнику юридического лица или предприятия как имущественного комплекса, который осуществляется общегражданскими договорными способами. В случаях с остальными объектами промышленной собственности, когда допускается передача исключительных прав, необходимо учитывать то обстоятельство, что права передаются на конкретный объект промышленной собственности, имеющий самостоятельную охрану в конкретной стране. То есть недопустимыми представляются, например, договорные конструкции, опосредующие передачу прав на изобретение, зарегистрированное в одной стране, когда в договоре предусматривается их передача для использования в другой стране, где объект может иметь другого правообладателя или не охраняться вовсе.

Действие территориального принципа охраны объектов промышленной собственности не только ограничивает потенциал международного оборота прав на объекты промышленной собственности, возможности заявителей получать охрану на один и тот же объект промышленной собственности в разных странах, проходя единую унифицированную процедуру регистрации или иным способом, единожды подтвердив свои права, но и оказывает влияние на процедуру выбора применимого права к объектам промышленной собственности, зачастую приводя к необъективному определению права, наиболее тесно связанного с отношением.

Действие данного принципа неразрывно связано с коллизионно-правовым регулированием отношений в сфере охраны промышленной собственности, поскольку предполагает императивное действие права страны, в которой требуется охрана промышленной собственности. Кроме того, право страны, где требуется охрана, не будет применимо к отношениям, осуществляемым вне пределов данной страны,

к деятельности, осуществляемой вне ее территории¹.

Тем не менее идея применения права одной страны к отношениям, затрагивающим охрану промышленной собственности в разных странах, зародилась еще в 1970 г.² Так называемая универсальная концепция охраны промышленной собственности (принцип универсальности) была противопоставлена территориальной, предполагала возможность применения гибких коллизионных привязок к интеллектуальной собственности в целом, но обрела незначительную поддержку национальных законодателей³. Например, согласно положениям п. 2 ст. 48 Гражданского кодекса Португалии 1966 г.⁴ промышленная собственность регулируется законодательством страны ее создания. Примечательно использование в основном акте гражданского законодательства Португалии такой нераспространенной коллизионной привязки. Создание любого объекта промышленной собственности невозможно сразу в нескольких странах, окончательное создание объекта промышленной собственности осуществляется в какой-то одной стране, поэтому допустить расширительное толкование этой нормы, предположив, что термины «создание» и «получение охраны» тождественны, на первый взгляд не представляется возможным. Однако в Португалии действует Кодекс промышленной собственности 2003 г.⁵, анализ ст. 4 которого показывает, что местом создания объекта промышленной собственности по португальскому законодательству признается страна его регистрации. Вероятнее всего, речь идет о создании исключительных прав на объект промышленной собственности. Кроме того, в п. 1 ст. 48 Гражданского кодекса Португалии сформулировано общее правило о выборе применимого права к объектам ав-

торского права, согласно которому авторское право регулируется законом места первой публикации произведения, а если оно не является опубликованным — то личным законом автора. Обозначенная норма свидетельствует и о гибком коллизионно-правовом регулировании объектов авторского права, а также о расщеплении статутах при выборе применимого права к трансграничным авторским отношениям. Частичное отступление от территориального принципа охраны, реализованное в португальском подходе к коллизионно-правовому регулированию интеллектуальной собственности, представляется интересной мерой. В то же время обозначенный подход к выбору применимого права в отношении промышленной собственности может быть эффективно реализован лишь в случае его унификации, использования большим количеством государств, так как определение права, отличного от права страны, где истребуется охрана, требует дополнительных универсальных разъяснений, прежде всего по критериям определения страны создания того или иного объекта промышленной собственности. Кроме того, применение права страны, отличной от страны истребования охраны, требует в определенных случаях инфраструктурной гибкости, когда реализация решения суда может привести к нестандартным для охраняемых институтов решениям (в частности, когда патентное ведомство будет вынуждено использовать информацию из зарубежных реестров и принимать решения на основе зарубежных механизмов охраны, например предоставления охраны наименованиям места происхождения товаров в странах, где охране подлежат только географические указания, и наоборот).

Развитие коммуникационных возможностей между участниками гражданских правоотно-

¹ См. об этом: *Dinwoodie G. B. Extra-Territorial Application of IP Law: A View from America* // Leible/Ohly (eds.). *Intellectual Property and Private International Law*. 2009. Pp. 123—136.

² См. об этом: *Metzger A. Applicable law under the clip principles: a pragmatic revaluation of territoriality* // Basedow J., Kono T., Metzger A. (eds.). *Intellectual Property in the Global Arena: Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*. Tübingen : Mohr Siebeck, 2010. P. 2.

³ См. об этом: *Metzger A. Op. cit.*

⁴ Código Civil (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, e alterado pela Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12/12) // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7991> (дата обращения: 25.04.2018).

шений и государственными органами разных стран, опосредованное широким освоением цифрового пространства, и прежде всего распространением сети Интернет, позволяет говорить о возможной трансформации принципа территориальности⁶ и об особенностях его реализации в глобальном цифровом пространстве.

В зарубежной доктрине отмечается, что с началом активного развития сети Интернет в 1990-х гг., некоторые из старых сторонников подхода *lex originis* (право страны происхождения) и большое количество новых его представителей заявляли, что территориальная концепция промышленной собственности устаревает и следует избегать реализации территориального принципа охраны при принятии решения о выборе применимого права в случаях возникновения отношений в цифровом пространстве⁷.

В обозначенном контексте обсуждение действия принципов территориальности или универсальности применительно к промышленной собственности получило новый импульс в начале 1990-х гг. и продолжается до сих пор.

Действительно, реализация территориального принципа охраны промышленной собственности в цифровом пространстве ввиду размывания границ осложняется. Кроме того, рост числа трансграничных отношений по охране, использованию, передаче прав на объекты промышленной собственности, особое социальное значение объектов патентных прав в международном масштабе, глобализация торговых отношений и связанное с этим расширение географии использования средств индивидуализации влекут необходимость более гибких унифицированных подходов к самой интеллектуальной собственности в целом и выбору

применимого к промышленной собственности права в частности.

Реализация территориального принципа охраны в современных условиях предполагает рассмотрение таких проблем, как соотношение территориальности и коллизионно-правового регулирования интеллектуальной собственности, определение территориальной юрисдикции, а также решение других проблем процессуального и процедурного характера⁸. Во многом это опосредуется тем обстоятельством, что правовое регулирование отношений в сфере охраны промышленной собственности, как правило, отражает сложившуюся в каждом государстве политику в области экономики, науки, социальной защиты, оно должно быть направлено на защиту национальных интересов государства в той или иной области, а также должно обеспечивать государственную безопасность. В доктрине отмечается, что принцип территориальности в общепринятом понимании применяется национальными судами и с целью сокращения влияния иностранного или международного права, в том числе ограничения такого влияния на законодательство в сфере интеллектуальной собственности⁹. Обозначенная позиция, высказанная преимущественно по отношению к авторским правам, представляется неоднозначной и в отношении промышленной собственности, ввиду того что применение норм международных договоров как раз должно влиять на национальное законодательство (нормы национальных законов трансформируются с учетом международных обязательств и не должны противоречить нормам международных договоров), а влияние иностранного права на национальное законодательство при при-

⁵ Código da Propriedade Industrial (alterado pelo Lei n.º 46/2011, de 24/06) // URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=420570 (дата обращения: 25.04.2018).

⁶ Шугурова И. В. Территориальный принцип действия прав интеллектуальной собственности: основные тенденции развития // Современное право. 2010. № 10. С. 76—81.

⁷ См. об этом: Dessemontet F. Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace // 18 J. of Int. Arb. 487, 506-07 (2001) ; Metzger A. Op. cit. С. 3.

⁸ См. об этом: Шугурова И. В. Территориальный принцип действия прав интеллектуальной собственности: основные тенденции развития // Современное право. 2010. № 10. С. 76—81.

⁹ См. об этом: Dinwoodie G. B. Foreign and International Influences on National Copyright Policy: A Surprisingly Rich Picture // McMillan F. (ed). 6 New Directions in Copyright. Edward Elgar, 2007.

менении иностранного права судами в делах, осложненных иностранным элементом, если и осуществляется, то только теоретически ввиду анализа зарубежного опыта регулирования тех или иных отношений в контексте применения соответствующего иностранного законодательства национальными судами.

В то же время территориальный принцип охраны промышленной собственности, по сути, ограничивает национальных законодателей в выработке объективных коллизионно-правовых подходов, которые позволяли бы отыскать право, действительно наиболее тесно связанное с отношениями по поводу признания, действительности, регистрации, определения срока, сферы действия, средств защиты прав на объекты промышленной собственности и т.д. Часто действие территориального принципа охраны приводит к применению общего коллизионно-правового подхода *lex loci protectionis*, сводящегося к применению к промышленной собственности права страны, где истребуется охрана, который лишь с инфраструктурной точки зрения выглядит логичным и удобным. С точки зрения широкого использования при осуществлении трансграничного международного оборота различных средств индивидуализации, патентуемых объектов, ноу-хау и других объектов промышленной собственности, у которых может быть как один создатель или правообладатель, так и несколько, в том числе и иностранные субъекты, территориальный принцип охраны промышленной собственности может привести к различным правовым последствиям для одного и того же объекта в различных странах, что, в свою очередь, осложняет и сдерживает международный торговый оборот.

Вопросы трансформации действия территориального принципа охраны промышленной собственности в ее коллизионно-правовом регулировании нашли отражение в международной деятельности крупных исследовательских центров, но не привели к широкой унификации. В международных договорах в сфере промыш-

ленной собственности лишь изредка встречаются коллизионные нормы узкого действия. Так, в п. 4 ст. 27 Договора о патентной кооперации 1970 г. содержится норма о возможном применении к форме и содержанию национальных заявок национального законодательства той страны, требования которой, с точки зрения заявителя, являются более благоприятными, чем требования к международным заявкам, предусмотренные Договором и Инструкцией к нему. Национальное ведомство, суды и любые другие компетентные органы такого указанного государства или органы, действующие от его имени, могут применять первые требования к международным заявкам вместо последних, за исключением тех случаев, когда заявитель настаивает на применении к его международной заявке требований, предусмотренных Договором и Инструкцией к нему.

В качестве еще одного примера унифицированного коллизионно-правового регулирования отдельных аспектов охраны промышленной собственности можно привести п. 1 ст. 7 Евразийской патентной конвенции 1994 г., согласно которому право на евразийский патент принадлежит изобретателю или его правопреемнику. При этом если изобретатель является служащим, то право на евразийский патент определяется в соответствии с законодательством государства, в котором служащий имеет основное место службы; если государство, в котором служащий имеет основное место службы, не может быть определено, применяется законодательство того государства, в котором работодатель занимается предпринимательской деятельностью, с которой связан служащий. Таким образом, в обозначенных международных договорах регулируются лишь отдельные узкие вопросы выбора права, применимого к промышленной собственности.

Действие территориального принципа, закрепленного в международных договорах, оказывает серьезное влияние на коллизионно-правовые подходы национальных законодателей к промышленной собственности¹⁰. Однако кол-

¹⁰ См. об этом: *Van Eechoud M. Bridging the gap: Private international law principles for intellectual property law // Netherlands journal of private international law (Nederlands Internationaal Privaatrecht, NIPR). 2016. Afl. 4. P. 716.*

лизионно-правовые нормы, которые регулировали бы те или иные отношения, возникающие по поводу признания, действительности, регистрации, определения срока, сферы действия, средств защиты прав на объекты промышленной собственности и других вопросов, на международно-правовом уровне не закреплены. Различные группы ученых, которые работали и продолжают работать над коллизионно-правовыми принципами регулирования трансграничных отношений, складывающихся по поводу интеллектуальной собственности, зачастую используют общие правила международного частного права, особенно в области коммерческого права, с учетом специфики права интеллектуальной собственности¹¹.

Разработкой эффективных международных коллизионно-правовых норм непосредственно в сфере интеллектуальной собственности ученые по всему миру занимаются до сих пор.

В этом контексте стоит отметить серьезную работу видных ученых¹² в сфере коллизионно-правового регулирования интеллектуальной собственности по его гармонизации (Американский институт права: Юрген Базедов, Грем Динвуди, Джозеф Дрехл; Институт Макса Планка (Германия): Мирей ван Экюд, Жан-Кристоф Галлу, Кристиан Хайнц, Аннет Кур, Педро де Мигея Асенцио, Аксел Метцгер, Томас Пец, Александр Пекур, Пол Торреманс; Университет

Васеда: Риу Такабаяши; Университет Киушу: Тошиюки Коно; Университет Чунг-Анг: Гиухо Ли). Так, были созданы своды коллизионно-правовых принципов в сфере интеллектуальной собственности: Принципы регулирования юрисдикции, применимого права и разрешения споров в трансграничных спорах в сфере интеллектуальной собственности Американского института права¹³ 2008 г. (далее — Принципы АЛИ) и Принципы коллизионно-правового регулирования в сфере интеллектуальной собственности Института Макса Планка¹⁴ (далее — Принципы Клип). Кроме того, нельзя не отметить активную деятельность азиатских стран в этом направлении, которая привела к разработке Ассоциацией международного частного права Кореи и Японии под эгидой Университета Васеда (Япония) Принципов международного частного права в интеллектуальной собственности 2010 г.¹⁵ (далее — Принципы Васеда), Принципов транспарентности определения юрисдикции, выбора права, признания и исполнения иностранных судебных решений в сфере интеллектуальной собственности 2010 г.¹⁶ (далее — Принципы Трансперанси), а также Принципов рассмотрения трансграничных споров в сфере интеллектуальной собственности, разработанных Корейской ассоциацией международного частного права, 2010 г.¹⁷ (далее — Принципы Копила).

¹¹ См. об этом: *Van Eechoud M. Op. cit.*

¹² См. об этом: *Суспицина М. В.* Формирующиеся подходы к коллизионному регулированию интеллектуальной собственности // Юридическое образование и наука. 2012. № 2. С. 36—39.

¹³ American law institute (ALI). Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes, 2008 // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7687> (дата обращения: 06.04.2018).

¹⁴ European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, 2011 // URL: https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Final_Text_1_December_2011.pdf (дата обращения: 06.04.2018).

¹⁵ Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights of October 14, 2010, published (with comments) in The GCOE Quarterly Review of Corporation Law and Society 112 (2011). См. также: Commentary on Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights. Waseda University Global COE Project October 14, 2010 // URL: <http://www.win-cls.sakura.ne.jp/pdf/28/08.pdf> (дата обращения: 06.04.2018).

¹⁶ Transparency Proposal on Jurisdiction, Choice of Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Intellectual Property // Basedow J., Kono T., Metzger A. (eds.). Op. cit. Pp. 394—402.

¹⁷ Principles on International Intellectual Property Litigation approved by Korea Private International Law Association (KOPILA Principles) on March 26th, 2010.

Особое место в деятельности по гармонизации коллизионно-правовых подходов к промышленной собственности занимают доклады, руководящие принципы Комитета по интеллектуальной собственности и международному частному праву Ассоциации международного права (ILA)¹⁸, которая имеет консультативный статус в таких международных организациях, как ООН, ЮНКТАД, ВОИС. Кроме того, сама Всемирная организация интеллектуальной собственности совместно с Комитетом, а также самостоятельно осуществляет аналитическую деятельность по обобщению основных и выработке новых подходов к отдельным аспектам коллизионно-правового регулирования интеллектуальной собственности. В качестве примера можно привести Доклад эксперта ВОИС Эндрю Кристи «По вопросам международного частного права, возникающим при разрешении споров, вытекающих из осложненных иностранным элементом отношений по нарушению прав на объекты интеллектуальной собственности в онлайн пространстве. Анализ национальных подходов» 2015 г.¹⁹

Детальная проработка коллизионно-правовых подходов к интеллектуальной собственности в рамках обозначенных выше форматов привела к выделению проблемных аспектов коллизионно-правового регулирования, а также групп регулируемых отношений. Так, анализ положений актов гармонизации (прежде всего обозначенных выше принципов АЛИ, Клип, Васседа, Трансперанси, Копила) позволяет говорить о системе коллизионно-правового регулирования интеллектуальной собственности, состоящей из девяти групп отношений, подлежащих

особому коллизионно-правовому регулированию. Отдельному рассмотрению подлежат подходы к содержанию и сфере действия основной коллизионной привязки к интеллектуальной собственности; вопросы выбора применимого права к первоначальному правообладанию (initial ownership); коллизионно-правовые подходы к возможности передать права; выбор применимого права к договорным отношениям (договоры об отчуждении, лицензионные договоры, договоры заказа, трудовые договоры, договоры на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ), предметом которых являются права на объекты интеллектуальной собственности; автономия воли сторон в случаях нарушения прав на объекты интеллектуальной собственности; исключительные случаи выбора применимого права, когда компетентны несколько правопорядков (de minimis rules); коллизионные правила, применимые к нарушениям прав, затрагивающим одновременно несколько правопорядков; коллизионные правила, применимые к последующим (повторным) нарушениям прав; выбор применимого права к средствам защиты нарушенных прав и определение объема и содержания соответствующих средств защиты. Действительно, в национальном законодательстве разных стран встречаются различные подходы к определению объема прав на объекты интеллектуальной собственности, передаче исключительных прав, к отношениям в сфере интеллектуальной собственности, вытекающим из трудовых отношений, и др. Коллизионно-правовое регулирование всех этих отношений целесообразно

¹⁸ См. об этом: Доклад по результатам совместного Семинара по интеллектуальной собственности и международному частному праву Ассоциации международного права совместно с ВОИС, 2015 г. = Report. Seminar on Intellectual Property and Private International Law Organized by the World Intellectual Property Organization (WIPO) and the International Law Association (ILA) January 16, 2015 // URL: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo_ila_ip_ge_15/wipo_ila_ip_ge_15_ppt.pdf (дата обращения: 09.04.2018). См. также: Intellectual property and private international law working session report, 2016 // URL: <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=2434&StorageFileGuid=2f0d1824-568a-4e5c-8bc4-f327f18b57da> (дата обращения: 09.04.2018).

¹⁹ Christie A. F. Private International Law Issues in Online Intellectual Property Infringement Disputes with Cross-Border Elements. An Analysis of National Approaches, 2015 // URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_rep_rfp_2015_1.pdf (дата обращения: 09.04.2018).

упорядочить для максимально справедливого отыскания страны наиболее тесной связи и рационального определения применимого права. Регулируемые отношения, как мы видим, являются довольно комплексными.

По различным аспектам коллизионно-правового регулирования именно промышленной собственности в законодательстве разных государств, а также в обозначенных выше принципах к использованию предлагаются такие коллизионные принципы, как «право страны, где истребуется охрана», «право страны, в отношении которой истребуется охрана», «право страны регистрации», «право страны предоставления охраны», «право страны создания», «право страны происхождения», «право страны места совершения правонарушения».

Разрабатываемые гармонизирующие подходы в некоторых случаях дифференцируют регулирование объектов авторских прав и промышленной собственности. Так, например, в вышеупомянутом Докладе по результатам совместного Семинара по интеллектуальной собственности и международному частному праву Ассоциации международного права совместно с ВОИС 2015 г. в качестве возможного коллизионно-правового подхода предлагается к патентуемым объектам, регистрируемым товарным знакам и другим подлежащим регистрации объектам промышленной собственности применять право страны регистрации, к авторским правам — право страны, где истребуется охрана, а к нерегистрируемым товарным знакам — право страны, где товарный знак обладает различительной способностью (при этом не уточняется, какое право применяется в случае, когда товарный знак обладает различительной способностью в нескольких странах, видимо, право страны истребования охраны здесь предполагается применить по аналогии с объектами авторских прав). В некоторых случаях встречаются и дифференцированные подходы к коллизионно-правовому регулированию регистрируемых и нерегистрируемых объектов

интеллектуальной собственности (например, согласно Принципам АЛИ и Принципам Васеда, в отношении нерегистрируемых объектов интеллектуальной собственности допускается применение принципа универсальности при разработке порядка определения применимого к интеллектуальной собственности права). Часто рассматриваются отдельные коллизионно-правовые проблемы регулирования интеллектуальной собственности. Например, в последние годы в деятельности Комитета по интеллектуальной собственности и международному частному праву Ассоциации международного права вопрос о выборе применимого права к первоначальному правообладанию является приоритетным коллизионным вопросом, нуждающимся в первоочередном рассмотрении²⁰.

В упомянутом выше докладе эксперта ВОИС Эндрю Кристи «По вопросам международного частного права...» отмечается, что модернизацию коллизионно-правового регулирования необходимо осуществлять дифференцированно к «традиционным» и «нетрадиционным» объектам интеллектуальной собственности. При этом к традиционным объектам интеллектуальной собственности эксперт относит авторские и смежные права, права на патентуемые объекты (изобретения, полезные модели, промышленные образцы) и товарные знаки. К нетрадиционным объектам, которые именуются также квазиобъектами интеллектуальной собственности, относят различные права, направленные на пресечение введения в заблуждение (права на пресечение недобросовестных действий в коммерческой практике; предотвращение порочащих действий, действий, направленных на распространение ложной информации; пресечение недобросовестной конкуренции, введения в заблуждение относительно принадлежности предприятий; защита от действий, сводящихся к несанкционированному распространению информации о лице; предотвращение действий, сводящихся к несанкционированному использованию

²⁰ См. об этом: Intellectual property and private international law working session report, 2016 // URL: <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=2434&StorageFileGuid=2f0d1824-568a-4e5c-8bc4-f327f18b57da> (дата обращения: 09.04.2018).

нерегистрируемых товарных знаков)²¹. Такой расширительный подход к объектам коллизионно-правового регулирования, когда мы говорим о выборе права, применимого к интеллектуальной собственности, представляется интересным и прагматичным. В приведенном выше перечне мы видим права, относящиеся в большей степени к промышленной собственности. В то же время к традиционным объектам промышленной собственности для целей выработки всеобъемлющих эффективных коллизионно-правовых подходов к интеллектуальной собственности стоит отнести и все остальные объекты промышленной собственности, известные международной практике охраны интеллектуальной собственности: знаки обслуживания, фирменные наименования, наименования места происхождения товаров, географические указания, коммерческие обозначения, ноу-хау, селекционные достижения. Что касается так называемых нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности, то можно с уверенностью констатировать, что все они используются прежде всего в коммерческой деятельности, в сфере охраны промышленной собственности, поэтому их рассмотрение целесообразно именно через призму коллизионно-правового регулирования различных аспектов охраны промышленной собственности. Подтверждением этому выводу служат и положения п. 2 ст. 1 Парижской конвенции, в которых пресечение недобросовестной конкуренции включено в перечень объектов охраны промышленной собственности, являясь эффективной мерой охраны последних. Первичный анализ общих положений охраны различных объектов промышленной собственности, содержащихся в международных договорах (Парижская конвенция, Стокгольмская конвенция, учреждающая ВОИС, Соглашение ТРИПС), показывает, что сами права на эти «нетрадиционные» объекты правами на промышленную собственность (исключительными или личными неимущественными) не являются. Однако они представляются отдельными дополнительными механизмами охраны объектов промышленной

собственности, входящими в систему правового регулирования промышленной собственности в трансграничных отношениях, ввиду того что развитие международной торговли, повсеместное использование цифрового пространства для продвижения объектов промышленной собственности, расширения рынка сбыта товаров, услуг и реализации исключительных прав влечет за собой необходимость использования и общих правовых механизмов охраны коммерческих отношений.

Коллизионно-правовой вопрос, т.е. вопрос о выборе права, применимого к отношениям, возникающим по различным аспектам охраны промышленной собственности, возникает тогда, когда эти отношения осложнены иностранным элементом. Иностранный элемент в обозначенном контексте может быть выражен в месте нарушения права на объект промышленной собственности, в субъекте отношений, в месте действия права на объект промышленной собственности, а также в месте наступления последствий от причинения вреда, вызванного нарушением прав на объекты промышленной собственности²². К этому перечню можно добавить и иностранный элемент в месте регистрации промышленной собственности, а также месте истребования охраны, поскольку для иностранного заявителя государство, гражданином или юридическим лицом которого он не является, будет иностранным местом истребования охраны, автоматически придавая таким отношениям статус трансграничных.

Таким образом, специфика отношений в сфере охраны промышленной собственности предопределяет развитие системы коллизионно-правового регулирования промышленной собственности. Осложнение таких отношений иностранным элементом в самых разнообразных вариациях свидетельствует о специфике объектов промышленной собственности и необходимости разработки отдельных коллизионно-правовых подходов к определению права, применимого к различным аспектам прав промышленной собственности.

²¹ Christie A. F. Указ. соч.

²² См. об этом: Christie A. F. Указ. соч.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Суспицина М. В. Формирующиеся подходы к коллизионному регулированию интеллектуальной собственности // Юридическое образование и наука. — 2012. — № 2. — С. 36—39.
2. Шукурова И. В. Территориальный принцип действия прав интеллектуальной собственности: основные тенденции развития // Современное право. — 2010. — № 10. — С. 76—81.
3. Christie A. F. Private International Law Issues in Online Intellectual Property Infringement Disputes with Cross-Border Elements. An Analysis of National Approaches, 2015 // URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_rep_rfip_2015_1.pdf (дата обращения: 09.04.2018).
4. Dessemontet F. Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace // 18 J. of Int. Arb. 487, 506—07 (2001).
5. Dinwoodie G. B. Foreign and International Influences on National Copyright Policy: A Surprisingly Rich Picture // F. McMillan (ed). 6 New Directions in Copyright. — Edward Elgar, 2007.
6. Dinwoodie G. B. Extra-Territorial Application of IP Law: A View from America // Leible/Ohly (eds.). Intellectual Property and Private International Law. — 2009. — Pp. 123—136.
7. Metzger A. Applicable law under the clip principles: a pragmatic revaluation of territoriality // Basedow J., Kono T., Metzger A. (eds.). Intellectual Property in the Global Arena: Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US. — Tübingen : Mohr Siebeck, 2010. — P. 2.
8. Van Eechoud M. Bridging the gap: Private international law principles for intellectual property law // Netherlands journal of private international law (Nederlands Internationaal Privaatrecht, NIPR). — 2016. — Afl. 4. — P. 716.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2018 г.

GENERAL CHARACTERISTICS OF THE SYSTEM OF CONFLICT OF LAWS REGULATION OF INDUSTRIAL PROPERTY

SHAKHNAZAROV Benjamin Aleksandrovich, PhD in Law, Docent, Associate Professor of the Department of Private International Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ben_raf@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper applies an integrated approach to the study of the system of conflict of laws and legal regulation of industrial property objects. The author emphasizes the absence of unified conflict of laws rules that would regulate the procedure for determining the law applicable to industrial property and the scope of such law. There is a tendency to form a systematic approach to the conflict of laws and regulation of industrial property. The system of conflict of laws regulation of industrial property is based on the remaining territorial principle of protection of industrial property objects, which has a significant impact on the development of conflict of laws regulation of industrial property. The paper summarizes various aspects of the conflict of laws regulation of industrial property based on legislation of different states, as well as the harmonizing principles of the conflict of laws regulation of intellectual property, and the use of the conflict principles. The use of the following conflict of laws principles is noted: “the law of the country where protection is claimed”, “the law of the country for which protection is claimed”, “the law of the country of registration”, “the law of the country of granting protection”, “the law of the country of creation”, “the law of the country of origin”, “the law of the country of offense”. The author concludes that the specifics of relations developing in the field of the protection of industrial property predetermines the development of a system of conflict-law regulation of industrial property. The complication of such relations by a foreign element*

in a wide variety of variations indicates the specificity of industrial property objects and the need to develop separate conflict of laws approaches to the definition of law applicable to various aspects of industrial property rights.

Keywords: *conflict of laws regulation, system, conflict of laws principles, industrial property, harmonizing principles, national approaches, territorial principle of protection, conflict of reference, lex loci protectionis, lex originis.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Suspitsina M. V.* Formiruyushchiesya podkhody k kollizionnomu regulirovaniyu intellektual'noy sobstvennosti // Yuridicheskoe obrazovanie i nauka. — 2012. — № 2. — S. 36—39.
2. *Shugurova I. V.* Territorial'niy printsip deystviya prav intellektual'noy sobstvennosti: osnovnye tendentsii razvitiya // Sovremennoe pravo. — 2010. — № 10. — S. 76—81.

Системы страхования вкладов в Европейском Союзе: правовое регулирование и перспективы развития

Аннотация. В статье автором проведен исторический, предметный и функциональный анализ правового регулирования систем страхования вкладов (далее — ССВ) в Европейском Союзе на основании Директивы 2014/49/ЕС Европейского Парламента и Совета от 16 апреля 2014 г. «О системах страхования вкладов» (пересмотренной). Рассмотрен вклад ССВ в повышение финансовой стабильности банковского сектора ЕС. Проведена оценка реализованных и планируемых к реализации мер, инициированных Европейской комиссией и Европейским центральным банком для имплементации единой Европейской ССВ как III опоры Банковского союза. Автор приходит к выводу, что третья Директива «О ССВ» позволила сделать качественный шаг вперед к созданию III опоры Банковского союза. Несмотря на отдельные неурегулированные и дискуссионные вопросы, она создает единые правила игры для национальных ССВ в политике страхования вкладов. Дальнейшее развитие и движение к ЕССВ позволит повысить эффективность политики ЕС по страхованию вкладов за счет сокращения расходов и преодоления административных барьеров в национальных ССВ, повысит уровень защиты прав вкладчиков и укрепит доверие к банковскому сектору и ее стабильность.

Ключевые слова: система страхования вкладов, экономический и валютный союз, Банковский союз, еврозона, банковское право Европейского Союза.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.156-162

Банковский союз ЕС был создан в результате мирового финансового кризиса 2007—2009 гг. с целью усиления надзора за банковским сектором.

Структура Банковского союза включает три опоры: полноценно функционирующая I опора — Единый надзорный механизм) и две, регулирование по которым совершенствуется под руководством Европейской комиссии (ЕК), а отдельные этапы откладываются до полного вне-

дрения на практике (II опора — Единый механизм реструктуризации, III опора — Европейская система страхования вкладов (далее — ЕССВ)).

Опоры Банковского союза функционально и административно взаимосвязаны: функционально — единый надзор позволяет отслеживать финансовое состояние и выполнение обязательных нормативов всеми кредитными организациями (далее — КО) государств — членов Еврозоны, единая политика по реструктуризации

© Альсов Н. М., 2019

* Альсов Никита Максимович, аспирант кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
nikita.alsov@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

позволяет централизованно решать вопросы с проблемными активами КО, выявленными в рамках осуществления надзора, а ЕССВ гарантирует возвратность средств вкладчиков обанкротившихся КО; административно — за счет единой вырабатываемой и осуществляемой политики Европейского центрального банка (ЕЦБ)¹.

ЕССВ, таким образом, выполняет обеспечительную функцию для «слабой» стороны в банковском праве — вкладчиков и одновременно стабилизирующую функцию, служит страховкой для регуляторов и КО за меры, предпринятые в рамках I и II опор Банковского союза.

В лучших практиках, выработанных международными организациями и профессиональным сообществом², выделяются две цели создания ССВ, отвечающие ее функциональному назначению — защита вкладчиков от потери их депозитов в случае банкротства КО и обеспечение стабильности финансовой системы с целью избегания системного риска.

При этом как в науке, так и на практике³ более существенная роль отводится именно обеспечению финансовой стабильности.

Системный риск может проявиться на разных уровнях: на уровне отдельно взятой КО, когда проявляется системный убыток («неожидаемые» потери («unexpected» losses)), который должен покрываться собственными средствами (капиталом) КО, и на более высоком уровне — уровне всей финансовой системы, когда банкротство одной КО может вызвать нестабильность всей фи-

нансовой системы, отразившись на финансовом состоянии других КО, и соответствующую панику вкладчиков. В первом случае меры по минимизации системного риска могут быть достаточными при активации и успешном выполнении плана по восстановлению финансовой устойчивости КО («recovery resolution plan» в терминологии Европейской службы банковского надзора), например сокращение кредитного портфеля или привлечение новых источников ликвидности/финансирования капитала КО. Во втором возможно использование стабилизационного фонда или фонда страхования вкладов (ССВ), поскольку государство обязано поддерживать устойчивость финансового сектора и именно ССВ является одним из важнейших инструментов в таких случаях. Исследователи отмечают⁴, что ССВ должна покрывать не только «ожидаемые» потери («expected» losses), но и «неожидаемые».

В настоящее время ССВ используются государствами практически повсеместно, однако так было далеко не всегда. ССВ достаточно молоды, а их предшественниками были системы «двойной» (субсидиарной) ответственности акционеров КО, впервые введенные в США с принятием Закона «О национальных банках»⁵ в 1864 г., который предписывал, что акционеры обанкротившейся КО не только могут потерять первоначальную стоимость своих акций, но и могут быть привлечены к дополнительной ответственности вплоть до номинальной стоимости таких акций.

¹ Выступление члена Исполнительного совета ЕЦБ Бенуа Кёре (Benoît Coeuré) на конференции «Банковское финансирование — рынки, инструменты и последствия для корпоративного кредитования и реального сектора экономики» (08.10.2012) // URL: http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp121008_1.en.html (дата обращения: 28.02.2018).

² Первоначальная редакция разработана Базельским комитетом по банковскому надзору, действующим при Банке международных расчетов, совместно с Международной ассоциацией страховщиков депозитов (МАСП) «Ключевые принципы для эффективной системы страхования вкладов» (2009). Пересмотренная редакция «Принципов» разработана под эгидой МАСП и утверждена в ноябре 2014 г. Принцип 1, С. 18 // URL: <http://www.iadi.org/en/assets/File/Core%20Principles/cprevised2014nov.pdf> (дата обращения: 28.02.2018).

³ См., например: Доклад Beat Bernet, Susanna Walter «Design, Structure and implementation of a modern deposit insurance scheme» (SUERF, The European Money and Finance Forum, Vienna 2009) P. 33 // URL: https://www.suerf.org/docx/s_6547884cea64550284728eb26b0947ef_2437_suerf.pdf (дата обращения: 28.02.2018).

⁴ Доклад Beat Bernet, Susanna Walter. С. 53.

⁵ National Bank Act 1864.

Исследователи «двойной» ответственности критиковали такой «жесткий» подход в регулировании банковского сектора, отмечая, что такая система затратна, ведет к задержкам в получении оценки дополнительной ответственности и относительной недостаточности средств акционеров для покрытия убытков вкладчиков⁶. Под давлением критики система «двойной» ответственности была полностью отменена на всей территории США в 1953 г. и заменена на ССВ, хотя более поздние исследования показали ее эффективность в США, ввиду небольшого уровня банкротств КО, высоких показателей достаточности капитала и ликвидности⁷. Заслугой системы «двойной» ответственности является минимизация случаев банкротств КО, недостатком — то, что государство перераспределило социальную ответственность перед вкладчиками на акционеров КО, играя роль взыскателя и арбитра, избегая при этом критики и народных волнений.

Современные ССВ более нацелены на защиту прав вкладчиков при уже состоявшемся банкротстве КО и дают уверенность вкладчикам, что государство в лице уполномоченных органов урегулирует вопрос возмещения вкладов, что позволяет сделать вывод о том, что государство ответственно за стабильность своей финансовой системы.

В ЕС в настоящее время принята уже третья за последние 30 лет Директива «О системе страхования вкладов».

Первая Директива 94/19/ЕС⁸ была последовательным ответом на недостаточно успешную Рекомендацию 87/63/ЕЭС⁹, целью которой было установление ССВ во всех входящих в Европейское экономическое сообщество государствах к 1 января 1990 г. Положения Рекоменда-

ции ЕК 87/63/ЕЭС были верхнеуровневыми и не решали таких вопросов, как уровень покрытия, период выплат и уровень финансирования ССВ, поэтому не все государства-члены выполнили эти положения к установленному сроку.

Директива 94/19/ЕС была направлена на проведение минимального уровня гармонизации законодательства государств — членов ЕС о ССВ, поэтому она устанавливала минимальные требования, которые могут быть увеличены при имплементации данной Директивы в законодательство государствами-членами.

Минимальный уровень покрытия составлял, согласно п. 1 ст. 7 Директивы 94/19/ЕС, 20 тыс. экю (государства, которые не могли предоставить такое страховое покрытие по депозитам в КО, зарегистрированных в них, могли снизить покрытие до 15 тыс. экю вплоть до 31 декабря 1999 г.), максимальный период выплаты покрытия, в соответствии со ст. 10 Директивы 94/19/ЕС, — 3 месяца, системы финансирования не были гармонизированы.

Согласно Директиве 94/19/ЕС, ССВ гарантировала вкладчикам определенный уровень защиты, достаточный для преодоления трудностей банкротств отдельных КО, однако не была способна покрыть риски массовых дефолтов КО по выплатам вкладчикам, что и произошло во время мирового финансового кризиса 2007—2009 гг., когда потребовалась экстренная докапитализация как самих КО, так и ССВ.

Кризис наглядно продемонстрировал прямое и косвенное побочное влияние («spill-over effects») банкротства отдельной КО на стабильность банковского сектора, о чем предупреждал управляющий Банка Англии Эдвард Джордж (Edward George)¹⁰: прямой эффект вызван вы-

⁶ *Marquis R. W., Smith F. P.* Double Liability for Bank Stock // *American Economic Review*. 1937. 27 (3). Pp. 490, 502.

⁷ *Grossman R. S.* Double Liability and Bank Risk Taking // *Journal of Money, Credit & Banking*. 2001. 33 (2). Pp. 143, 157.

⁸ Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit guarantee schemes. // OJ L135. 1994.

⁹ Commission Recommendation 87/63/EEC of 22 December 1986 concerning the introduction of deposit-guarantee schemes in the Community // OJ L033/16. 1987.

¹⁰ *George E.* Vital Topic Lecture Speech at the Manchester Business School (24 February 1998) // URL: <http://www.bankofengland.co.uk/archive/Documents/historicpubs/speeches/1998/speech15.pdf> (дата обращения: 28.02.2018).

сокой степенью взаимосвязанности КО — если одна допустит дефолт перед другой, это может вызвать трудности у последней, косвенный — когда банкротство одной КО может серьезно подорвать доверие вкладчиков ко всему банковскому сектору.

Подобные экстренные меры подтолкнули государства-члены к пересмотру политики в области надзора за банковской деятельностью и страхования вкладов, что впоследствии привело к созданию Банковского союза.

Первыми шагами стали меры отдельных государств — членов ЕС по увеличению размера страхового покрытия для поддержания доверия вкладчиков к финансовой системе, что привело к перемещению депозитов вкладчиками в КО, зарегистрированные в государствах — членах ЕС с большим страховым покрытием.

Вторая Директива 2009/12/ЕС¹¹ урегулировала проблему миграции вкладов в зависимости от суммы страхового покрытия, установив минимальный размер покрытия к 30 июня 2009 г. в 50 тыс. евро, максимальный размер был ограничен 100 тыс. евро. Срок выплаты покрытия, в соответствии со ст. 10 Директивы 2009/12/ЕС, был сокращен до 20 рабочих дней с намерением последующего сокращения до 10 рабочих дней.

Анализ третьей Директивы 2014/49/ЕС включает наиболее важные изменения в требованиях к покрытию, сроках выплаты и финансирования.

Согласно п. 1 ст. 6 Директивы 2014/49/ЕС размер покрытия сохранен на уровне 100 тыс. евро на агрегированный объем вкладов одного вкладчика в одной КО. Новациями в регулировании страхового покрытия являются закрепление полномочия ЕК по пересмотру размера покрытия в зависимости от уровня инфляции (п. 6 ст. 6), гармонизация исключений из перечня лиц, на которых распространяется страховое покрытие (ст. 5), переходный период для сохра-

нения более высокого (100 тыс. евро — 300 тыс. евро) размера покрытия до 31.12.2018 (ст. 23 преамбулы).

В науке банковского права ЕС не утихают дискуссии об определении достаточного уровня страхового покрытия, должна ли эта быть фиксированная или плавающая сумма, устанавливаться централизованно ЕК или на локальном уровне с учетом уровня дохода домохозяйств и уровня жизни в определенном государстве — члене ЕС.

Представляется, что в данном споре необходимо придерживаться таких критериев, как, например, риск недобросовестности вкладчиков, уровень уверенности вкладчиков в банковском секторе, расходы на содержание ССВ, опасность конкуренции регуляторов¹².

Верел Колаерт приходит к выводу о том, что гармонизированный фиксированный уровень страхового покрытия в ЕС не требуется для достижения стабильности в банковском секторе и защиты интересов вкладчиков, поскольку ни единые правила игры для банков не зависят от этого, ни их возможное отсутствие не дает достаточных оснований для конкуренции между регуляторами; причина же введения единого размера страхового покрытия намного глубже и лежит в использовании Директивы 2014/49/ЕС в качестве первого шага к внедрению единой ЕССВ¹³.

По мнению автора, подход установления единого уровня страхового покрытия действительно менее справедлив для граждан более экономически развитых государств в угоду менее экономически благополучных, однако такая система является компромиссным вариантом, который обсуждался с 2012 г. под эгидой ЕК, поскольку не накладывает на более экономически развитые государства — члены ЕС дополнительное бремя по поддержанию стабильности банковских секторов менее экономически благополучных государств — членов ЕС. Этот

¹¹ Directive 2009/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2009 amending Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes as regards the coverage level and the payout delay // OJ L68/3. 2009.

¹² Colaert V. Deposit Guarantee Schemes in Europe: Is the Banking Union in need of a third pillar? // European Company and Financial Law Review. Vol. 2015. No. 3. P. 8.

¹³ Colaert V. Op. cit. P. 15.

вопрос тесно связан с финансированием ССВ и будет рассмотрен ниже.

Пункт 1 ст. 8 Директивы 2014/49/ЕС устанавливает срок выплаты покрытия в 7 рабочих дней с момента принятия решения административным или судебным органом о признании невозможности получения средств на вкладе (приостановлении прав вкладчиков) в связи с финансовым состоянием КО с допустимыми исключениями в переходный период по сроку вплоть до 31 декабря 2023 г. согласно п. 2 ст. 8 и установленному в п. 5 ст. 8 закрытому перечню оснований, в случае которых срок в 7 рабочих дней может нарушаться после 1 января 2024 г.

Исследователями справедливо отмечены пробелы в Директиве 2014/49/ЕС в части срока выплаты — отсутствие максимального срока выплаты покрытия с учетом исключений и отсутствие понятия «рабочий день»¹⁴.

Финансирование ССВ устроено таким образом, что менее благополучные государства — члены ЕС будут платить в ССВ большие взносы, чем более экономически развитые государства, поскольку взносы в ССВ связаны с уровнем покрытых депозитов (*covered deposits*), то есть депозитов, которые, согласно п. 5 ст. 2 Директивы 2014/49/ЕС, являются частью депозитов, на которые распространяется покрытие (*eligible deposits*)¹⁵ и которые не превышают страховую сумму покрытия в 100 тыс. евро, а не с *eligible deposits*. Чем выше количество покрытых депозитов, тем выше объем финансирования ССВ от банковского сектора в гарантийный фонд страхования вкладов. Такое сравнение не учитывает того факта, что отдельные КО в зависимости от риск-фактора уже платят разную сумму взносов. При этом ЕЦБ поддерживает принцип финанси-

рования в зависимости от покрытых депозитов, так как это больше отражает возможные обязательства по выплатам¹⁶.

Требование Директивы 2014/49/ЕС к финансированию ССВ, согласно п. 27 преамбулы и п. 1 ст. 10, отвечает принципу, согласно которому финансирование ССВ должно осуществляться в объеме, пропорциональном возможным выплатам. Наиболее существенным достижением Директивы 2014/49/ЕС является введение финансирования по принципу *ex ante funding*, то есть когда КО делают периодические взносы в фонд, чтобы накапливать средства до возникновения банкротств КО, чем по принципу *ex post funding*, когда такие взносы производятся после наступления случая банкротства.

Система финансирования построена на трех стадиях: достижение целевого уровня (0,8 % от покрытых депозитов с государств-членов), затем в случае нехватки средств следует стадия взносов КО *ex post funding*, в случае недостаточности средств на второй стадии следует привлечение альтернативных способов финансирования.

Уровень финансирования ССВ, согласно исследованиям, в 0,8 % от покрытых депозитов достаточен для покрытия потерь вкладчиков только малых и средних по активам КО, для покрытия коллапса системно значимых банков и 99 % возможных убытков требуется финансирование в 3,2 % от *eligible deposits*, что является слишком тяжелой нагрузкой для финансового сектора ЕС¹⁷.

Как было отмечено выше, Директиву 2014/49/ЕС можно рассматривать как первый шаг к созданию III опоры Банковского союза. В продолжение развития ЕССВ Европейская комиссия приняла Коммуникацию по изменению Директивы COM(2015) 587 final¹⁸, в которой

¹⁴ Colaert V. *Op. cit.* Pp. 19—20.

¹⁵ То есть покрытых по праву на выплату страховки, например по критерию надлежащего субъекта, внесшего вклад. К примеру, финансовые институты и государственные органы не имеют права на страховые выплаты согласно п. 31 преамбулы и ст. 5 Директивы 2014/49/ЕС.

¹⁶ Заключение ЕЦБ от 16.02.2011 CON/2011/12 // OJ C99/3. 2011.

¹⁷ Maccarferri S., Cariboni J. and Schoutens W. Lévy Processes and the Financial Crisis: Can We Design a more Effective Deposit Protection? // *International journal of Financial Research*. 2013. P. 15.

¹⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «Towards the completion of the Banking Union» dated 24.11.2015 COM(2015) 587 final.

в том числе содержались предложения по внедрению и развитию ЕССВ, в частности по созданию единого европейского фонда страхования вкладов, интеграция всех ССВ в ЕССВ, снижению связи между КО и государствами — членами ЕС, в которых они зарегистрированы.

ЕССВ должна быть создана поэтапно в 3 стадии: первая стадия — перестрахование (до 2017 г.), в рамках которой ССВ будут обращаться в ЕССВ только в случае исчерпания своих средств и только в ограниченных объемах; вторая — со-страхование (до 2020 г.), в рамках которой ЕССВ будет выплачивать каждый потерянный евро на вкладе и доля ее участия будет постепенно расти; третья — полное страхование (2024 г.), доля участия ЕССВ достигнет 100 % и ССВ будут более не нужны.

Анализируя данные предложения ЕК, можно сделать вывод о централизации функции страхования вкладов на общеевропейском уровне и о единой защите вкладчиков на всей территории ЕС независимо от страны регистрации КО.

Возникают вопросы о дальнейшем уровне финансирования ЕССВ различными КО с разным риск-профилем и из разных по уровню развития экономики государств — членов ЕС и достаточности средств в едином фонде для компенсации

вкладчикам в случае системного финансового кризиса.

В науке также высказываются идеи по дальнейшему реформированию ССВ в части использования средств Европейского фонда стабилизации для выплат компенсаций по потерянным депозитам, совершенствованию механизмов движения капитала на покрытие убытков в отдельных государствах — членах ЕС, кооперации с компенсационными выплатами в рамках проекта создания Союза рынков капиталов¹⁹.

Третья Директива «О ССВ» позволила сделать качественный шаг вперед к созданию III опоры Банковского союза. Несмотря на отдельные неурегулированные и дискуссионные вопросы, она создает единые правила игры для национальных ССВ в политике страхования вкладов. Дальнейшее развитие и движение к ЕССВ позволит повысить эффективность политики ЕС по страхованию вкладов за счет сокращения расходов и преодоления административных барьеров в национальных ССВ, повысит уровень защиты прав вкладчиков и укрепит доверие к банковскому сектору и его стабильность. Вместе с тем остаются открытыми вопросы об устойчивости системы к возможному системному кризису и массовому банкротству системно значимых КО.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Bernet B., Walter S.* Design, Structure and implementation of a modern deposit insurance scheme // SUERF, The European Money and Finance Forum. — Vienna, 2009.
2. *Coeuré B.* Speech at conference «Bank funding — markets, instruments and implications for corporate lending and the real economy». — 8 October 2012.
3. *Colaert V.* Deposit Guarantee Schemes in Europe: Is the Banking Union in need of a third pillar? // European Company and Financial Law Abstract. — Vol. 2015. — No. 3.
4. *George E.* Vital Topic Lecture Speech at the Manchester Business School (24 February 1998) // URL: <http://www.bankofengland.co.uk/archive/Documents/historicpubs/speeches/1998/speech15.pdf> (дата обращения: 28.02.2018)
5. *Grossman R. S.* Double Liability and Bank Risk Taking // Journal of Money, Credit & Banking. — 2001. — 33(2).
6. *Maccarferri S., Cariboni J. and Schoutens W.* Lévy Processes and the Financial Crisis: Can We Design a more Effective Deposit Protection? // International Journal of Financial Research. — 2013.
7. *Marquis R. W., Smith F. P.* Double Liability for Bank Stock // American Economic Abstract. — 1937. — 27 (3).
8. *Snell J.* Risk sharing in the Eurozone: not just high politics // European Law Abstract. — 2017. — № 6. — Pp. 791—792.

Материал поступил в редакцию 1 мая 2018 г.

¹⁹ *Snell J.* Risk sharing in the Eurozone: not just high politics // European Law Review. 2017. № 6. Pp. 791—792.

**DEPOSIT INSURANCE SYSTEMS IN THE EUROPEAN UNION:
LEGAL REGULATION AND DEVELOPMENT PROSPECTS**

ALSOV Nikita Maksimovich, Postgraduate of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
nikita.alsov@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper provides a historical, substantive and functional analysis of the legal regulation of deposit insurance systems (hereinafter referred to as DIS) in the European Union based on Directive 2014/49 / EC of the European Parliament and of the Council of April 16, 2014. "On Deposit Insurance Systems" (revised). The author considers the contribution of DIS to improving the financial stability of the EU banking sector. The paper shows a conducted assessment of the measures implemented and planned for implementation initiated by the European Commission and the European Central Bank for the implementation of a single European DIS as the third pillar of the Banking Union. The author concludes that the third Directive "On DIS" allows for a qualitative step forward towards the creation of the third pillar of the Banking Union. Despite some unresolved and controversial issues, it creates uniform rules of the game for national DIS in a deposit insurance policy. Further development and movement towards European DIS will make it possible to increase the effectiveness of the EU deposit insurance policy by reducing costs, overcoming administrative barriers in national DISs, increase the level of protection of depositors' rights, and strengthen confidence in the banking sector and its stability.*

Keywords: *deposit insurance system, economic and monetary union, Banking Union, Eurozone, European Union banking law.*

Т. С. Заплата*

Актуализация свободы личности на самоопределение в праве на трудовую мобильность и взаимное признание профессиональных квалификаций в Европейском Союзе¹

Аннотация. Целью статьи является анализ роли взаимного признания в реализации прав и свобод лиц на примере права на трудовую мобильность и взаимного признания профессиональных квалификаций в Европейском Союзе. В работе проводится параллель с тем, что в философских концепциях вопрос прав человека часто освещается во взаимосвязи со свободой. Многие философы писали о том, что свобода одного кончается там, где начинается свобода другого. Фихте отмечал, что взаимное признание между свободными разумными существами является необходимым условием для возможности их самосознания. В Европейском Союзе взаимное признание является основой свободы передвижения лиц и учреждения — свобод внутреннего рынка Европейского Союза. В данном аспекте право на свободу сопровождается необходимостью признания, без которого невозможно ее существование.

Взаимное признание профессиональных квалификаций как ключевой механизм, облегчающий реализацию свобод внутреннего рынка ЕС, позволяет квалифицированным специалистам пересекать границы и осуществлять свою работу в другом государстве-члене. Оно устраняет необходимость переквалификации в другом государстве-члене. Система такого признания, постепенно сложившаяся в Европейском Союзе, является важным элементом эффективной работы основополагающих свобод его внутреннего рынка.

Механизм взаимного признания профессиональных квалификаций в Европейском Союзе подтверждает мысль о том, что признание по правилам есть гарантия взаимной свободы. Подлежащее признанию право определяет признание.

Ключевые слова: взаимное признание профессиональных квалификаций, свобода передвижения лиц, трудовая мобильность, право и признание свободы, Европейский Союз, Евразийский экономический союз.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.163-169

¹ Работа выполнена при поддержке гранта Президента РФ для молодых ученых — кандидатов наук МК-6635.2018.6.

© Заплата Т. С., 2019

* Заплата Татьяна Сергеевна, аспирант кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
tatianazaplata@yandex.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Права человека, их соблюдение и гарантии на протяжении человеческой истории являются важной философской и правовой проблемой. Развитие общественных отношений (правоотношений), появление государств, международных и интеграционных организаций существенно расширило права человека. Если изначально речь шла о естественных правах человека (например, о праве на жизнь), с появлением государств — о гражданских, политических и экономических правах, то сейчас лица не просто наделены правами, которые гарантированы государством и мировым сообществом, но и могут гарантированно реализовывать свои права трансгранично, в правовой системе другого государства. Такая реализация прав основана на их признании.

Понятие «признание» исторически связано с католическим каноническим правом и подразумевает одобрение, утверждение церковным высшестоящим лицом действий своего подчиненного², оно также соотносилось с теорией о необходимости папского признания, с практикой обязательного утверждения папой римским кандидатуры немецкого короля. Согласно данной теории *rex Alemanniae* (король Алеманнии) — это не признанный папой немецкий король, *in Romanorum regem electus* — избранный король римлян и *Romanorum rex* — король римлян, признанный через папскую *approbatio* (признание), имеющую обязательную юридическую силу³.

В международном праве понятие «признание» (англ. *recognition*) употребляется в значении метода принятия определенных фактических ситуаций и наделения их юридической значимостью. М. Шо отмечает, что в контексте создания государственности признание может рассматриваться как конститутивное или де-

кларативное. В первой теории утверждается, что только благодаря признанию государство возникает в соответствии с международным правом, последний же подход утверждает, что, как только фактические критерии государственности будут удовлетворены, новое государство существует как субъект международного права⁴.

Аналогичные концепции использовались для рассмотрения человека как субъекта права, обладателя естественных и политических прав. В философском аспекте вопрос прав человека часто освещался во взаимосвязи со свободой. Многие философы писали о том, что свобода одного кончается там, где начинается свобода другого. В этой связи Фихте отмечал, что взаимное признание между свободными разумными существами является необходимым условием для возможности их самосознания, свободы личности на самоопределение. Другими словами, Фихте говорит, что для того, чтобы думать о себе как о свободном человеке и действовать свободно, нужно быть признанным свободным другими и, в свою очередь, признавать других свободными⁵.

Сравнивая в данном аспекте конститутивную концепцию создания государства (основанную на его признании) и признание прав человека, можно заключить, что признание лежит в основе правосубъектности. Так, в Европейском Союзе (далее — ЕС) взаимное признание является основой свободы передвижения лиц и учреждения — свобод внутреннего рынка ЕС. В данном аспекте право на свободу сопровождается необходимостью признания, без которого невозможно ее существование.

Внутренний рынок, в соответствии со ст. 26 Договора о функционировании Европейского Союза⁶ (ДФЕС), представляет собой пространство без внутренних границ, где обеспечивает-

² См.: Казбекова Е. В. *Approbatio* // Православная энциклопедия. URL: <http://pravoslavnaya.academic.ru/1797/approbatio> (дата обращения: 23.04.2018).

³ Казбекова Е. В. Указ. соч.

⁴ Shaw M. N. *International Law*. Sixth edition. Cambridge University press 2008. Pp. 207.

⁵ Nance M. *Recognition, Freedom, and the Self in Fichte's Foundations of Natural Right* // *European Journal of Philosophy*. 2012. Pp. 608—609.

⁶ Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2016) // OJ C 202. 07.06.2016. Pp. 1—388.

ся свобода передвижения товаров, лиц, услуг и капиталов⁷. К свободам внутреннего рынка относятся: свобода передвижения товаров, лиц, услуг и капиталов, основанных на запрете их ограничений.

Свобода перемещения лиц и услуг как одна из фундаментальных свобод внутреннего рынка ЕС включает свободу учреждения, предоставления услуг и трудовую мобильность граждан ЕС. Благодаря данным свободам внутреннего рынка физические лица могут свободно перемещаться в рамках пространства ЕС и организовывать, вести свою деятельность в любом месте ЕС. Однако реализовать право на трудовую мобильность в рамках данных свобод невозможно без взаимного признания профессиональных квалификаций. Именно взаимное признание является ключевым механизмом, облегчающим реализацию этих свобод. Признание профессиональных квалификаций позволяет квалифицированным специалистам пересекать границы и осуществлять трудовую деятельность или деятельность в качестве самозанятого, право на учреждение в другом государстве-члене. Взаимное признание профессиональных квалификаций позволяет устранить необходимость переквалификации в другом государстве-члене. Режим взаимного признания профессиональных квалификаций (или система), постепенно сложившийся в ЕС, является незаменимым элементом, обеспечивающим свободы внутреннего рынка ЕС (свобода передвижения лиц и услуг). Отсутствие такого признания привело бы к невозможности реализовать право граждан ЕС на экономическую мобильность. Без взаимного признания профессиональных квалификаций невозможно функционирование единого экономического пространства⁸.

Следует отметить, что полное взаимное признание иностранных квалификаций может повредить интересам потребителя. Например, отсутствие у пилота пассажирского самолета необходимых навыков может привести к трагедии. Поэтому в ЕС сложилась своя система, или режим, признания (реализации признания). Основным актом, устанавливающим режимы профессионального признания, является Директива 2005/36/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 7 сентября 2005 г. о признании профессиональных квалификаций⁹ (далее — Директива 2005/36/ЕС) с поправками, внесенными Директивой 2013/55/ЕС Европейского Парламента и Совета от 20 ноября 2013¹⁰.

Одним из таких режимов является *неавтоматический (или общий)*. Общий режим профессионального признания основан на признании документов об образовании и профессионального опыта. В соответствии со ст. 12 Директивы 2005/36/ЕС документы об образовании лица, квалифицированного в одном из государств — членов ЕС (государстве происхождения), должны свидетельствовать об успешном завершении обучения в одном из государств — членов ЕС в рамках официальных программ, которые признаются эквивалентными программам принимающего государства. Этот неавтоматический режим обеспечивает гражданам ЕС, имеющим соответствующую регулируемую (и относящуюся к данному режиму) профессию, реализацию права практиковать деятельность по своей квалификации в одном из государств — членов ЕС, притом что последние не могут отказать мигрантам в такой практике на том основании, что их формальная квалификация не принимается в этом государстве, если она удовлетворяет определенным в Директиве

⁷ Право Европейского Союза : учебник : в 2 т. / отв. ред. С. Ю. Кашкин. М. : Юрайт, 2013. Т. 2. С. 41—43.

⁸ Заплатина Т. С. Правовое регулирование взаимного признания профессиональных квалификаций государствами — членами Европейского Союза : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018. 270 с.

⁹ Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications // OJ L 255. 30.09.2005. Pp. 22—142.

¹⁰ Directive 2013/55/EU of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications and Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System (the IMI Regulation) // OJ L 354. 28.12.2013. Pp. 132—170.

2005/36/ЕС критериям. Государство-член разрешает мигранту доступ к соответствующей профессии на том же основании, что и своим гражданам, а программы обучения имеют равную юридическую силу, если квалификация имеет уровень обучения, эквивалентный уровню принимающего государства.

Именно для того, чтобы квалификации государств — членов ЕС считались эквивалентными, Директива 2005/36/ЕС установила правила, содействующие взаимному признанию профессиональных квалификаций. Такие правила и образуют общий режим взаимного признания профессиональных квалификаций.

Однако, по мнению Европейской комиссии, со временем «результаты процесса взаимной оценки выявили отсутствие ясности в отношении критериев, которые используются государствами-членами при оценке соразмерности требований, ограничивающих доступ к регулируемым профессиям»¹¹. Чтобы избежать фрагментации внутреннего рынка и устранить барьеры, мешающие выполнению определенных видов деятельности (трудовой деятельности или в качестве самозанятого), на уровне Союза должен существовать общий подход, предотвращающий принятие государствами — членами ЕС непропорциональных мер. В этой связи была принята Директива 2018/958/ЕС о тесте пропорциональности до принятия регламента по регулированию профессий¹² (далее — Директива 2018/958/ЕС), устанавливающая общие правила для проведения оценок соразмерности законодательных, нормативных или административных положений, ограничивающих доступ или осуществление регулируемых профессий, с целью обеспечения надлежащего функционирования внутренних рынков. Она «применяется к законодательным, нормативным или административным положениям государств-членов, ограничивающим доступ к регулируемой профессии или

ее осуществлению, включая использование профессиональных наименований (титулов), подпадающих под действие Директивы 2005/36/ЕС» (преамбула к Директиве 2018/958/ЕС).

Автоматическое признание квалификаций, основанное на координации минимальных требований к обучению, установленное гл. III Директивы 2005/36/ЕС, применяется для профессий, для которых минимальные условия обучения были согласованы на уровне ЕС (секторные профессии): врач, медсестра, отвечающая за общий уход, дантист, ветеринар, акушер, фармацевт и архитектор. Помимо требований к навыкам и компетенциям (материальные требования) и установлению перечней подлежащих признанию документов (формальные требования), Директива 2005/36/ЕС устанавливает условия продолжительности подготовки для данных профессий и условий ее проведения.

В отношении необходимых условий подготовки для профессий данного автоматического режима признания Директивы 2005/36/ЕС Суд ЕС в решении по делу Hannes Preindl¹³ уточнил, что квалификация, полученная в государстве происхождения в ходе частично пересекающихся курсов (англ. overlapping courses), курсов неаналогичного характера, чем предусмотрено в принимающем государстве, должна автоматически признаваться во всех государствах-членах, если соблюдаются эти минимальные условия обучения, установленные законодательством ЕС о признании квалификаций (см. заключительные выводы Суда по данному решению). Таким образом, государство-член, в законодательстве которого содержится требование о прохождении очного обучения и запрет на зачисление на два курса одновременно, должно автоматически признавать свидетельство формальной квалификации, подпадающее под действие Директивы 2005/36/ЕС и выданное другим госу-

¹¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on a proportionality test before adoption of new regulation of professions // COM/2016/0822 final 2016/0404 (COD).

¹² Directive (EU) 2018/958 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 on a proportionality test before adoption of new regulation of professions // OJ L 173. 09.07.2018. Pp. 25—34.

¹³ Judgment of the Court (Third Chamber) of 6 December 2018. Case C-675/17. Ministero della Salute v Hannes Preindl // ECLI identifier: ECLI:EU:C:2018:990.

дарством-членом, даже если заинтересованное лицо проходило обучение неполный рабочий день или при получении им квалификации проходило несколько курсов одновременно (условия получения совпадают частично), при условии соблюдения требований Директивы в отношении обучения. Суд подчеркивает, что именно государство происхождения, а не принимающее государство должно обеспечить, чтобы общая продолжительность, уровень и качество обучения с частичной занятостью не были ниже, чем у непрерывного очного обучения. В противном случае, если бы государства-члены могли ставить под сомнение решения, принятые компетентным органом другого государства-члена, выдавшего квалификацию, система автоматического признания квалификаций Директивы 2005/36/ЕС была бы серьезно поставлена под угрозу.

Признание профессиональных квалификаций в Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС) является абсолютным. В соответствии с Договором о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г.¹⁴ (далее — Договор о ЕАЭС) «трудящимся государств — членов ЕАЭС гарантировано автоматическое признание документов об образовании», однако без регламентации и установления процедурных аспектов такого признания, а также единых стандартов гармонизации образования, как это было рассмотрено в рамках общего режима признания в ЕС. Статья 97 устанавливает, что «в целях осуществления трудящимися государств-членов трудовой деятельности в государстве трудоустройства признаются документы об образовании, выданные образовательными организациями (учреждениями образования, организациями в сфере образования) государств-членов, без проведения установленных законодательством государства трудоустройства процедур признания документов об образовании».

Взаимное признание профессиональных квалификаций в ЕАЭС — это признание для целей экономической мобильности и осуществления трудовой деятельности. Оно не включает и не

обеспечивает свободу предоставления услуг и учреждения, в отличие от общего и автоматического режимов взаимного признания в ЕС. Приложение 16 к Договору о ЕАЭС устанавливает, что государства-члены могут принять решение о взаимном признании разрешений на поставку услуг в конкретных секторах в связи с достижением в этих секторах содержательной эквивалентности.

Поскольку в ЕАЭС, несмотря на установление автоматического режима признания, не определен необходимый минимум знаний для осуществления работником-мигрантом своей профессиональной деятельности, то права потребителей находятся под угрозой. То же относится и к системе проверки данных о квалификации, определения компетентных органов. То есть в затруднительном положении находится не только потребитель, но и само лицо, перемещающееся в одно из государств — членов ЕАЭС для осуществления экономической деятельности.

Заявитель хотя и обладает правом на признание своей квалификации, но не может обжаловать решение работодателя в случае отказа в приеме на работу потому, что нормами принимающего государства не предусмотрена процедура признания квалификации, порядок предоставления доказательств компетенции. Более того, нет единых критериев оценки квалификации, не установлены возможные, допустимые различия. Введение процедуры признания, установление стандартов гармонизации, определение соответствующих компетентных органов не только позволит контролировать квалификации с точки зрения общественного интереса (чтобы не нанести вред потребителю при исполнении обязанностей неквалифицированным работником), но и определит права заявителей. Установление четких рамок признания, границ и способов его реализации определит баланс прав и свобод лиц, права которых подлежат признанию, и лиц, чьи права и свободы будут затронуты правом лиц на профессиональное признание и свободой их экономической мобильности.

¹⁴ Договор о Евразийском экономическом союзе от 8 мая 2015 г. (с изм. и доп., вступ. в силу с 12 августа 2017 г.) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Следует отметить, что в России законодательно не предусмотрено признание профессиональных квалификаций. Основным законом является Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»¹⁵, предусматривающий академическое признание профессиональных квалификаций (для цели образовательной мобильности). Отсутствие в российском праве специального закона о признании именно профессиональных квалификаций для цели экономической мобильности, отсутствие разделения академического и профессионального признания создает проблемы в международном сотрудничестве в данной сфере. В этой связи между Россией и третьими странами отсутствуют соглашения, прямо закрепляющие профессиональное признание¹⁶.

Для академического признания в рамках ЕАЭС его государства-члены используют Конвенцию о признании квалификаций, относящихся к высшему образованию в Европейском регионе¹⁷ (Лиссабонская конвенция), а также Соглашение о механизме взаимного признания и установления эквивалентности документов об ученых степенях в государствах — членах Евразийского экономического сообщества¹⁸. Данные акты способствуют установлению общих прин-

ципов академического признания, формированию общей системы академического признания, что свидетельствует о сходстве в данном аспекте между ЕС и ЕАЭС. ЕАЭС, так же как и ЕС, нуждается в установлении самостоятельной системы академического признания.

В данном аспекте следует отметить, что между свободой и признанием должен быть баланс, т.е. свобода одного заканчивается там, где начинается свобода другого. Признание по правилам есть гарантия взаимной свободы. Таким образом, подлежащее признанию право определяет признание. Так, естественные права признаются без каких-либо ограничений, поэтому концепция естественных прав говорит о том, что естественные права не нуждаются в признании, а даны человеку от рождения.

Итак, развитие общественных отношений породило появление новых прав и способов признания, однако идея о том, что взаимное признание между «свободными разумными существами» является необходимым условием их «самосознания», осознания прав и границ свободы других, по-прежнему пронизывает общественные отношения, или, как говорил Фихте, нужно быть признанным свободным другими и признавать других свободными.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Казбекова Е. В. *Approbatio* // Православная энциклопедия. URL: <http://pravoslavnaya.academic.ru/1797/approbatio> (дата обращения: 23.04.2018).
2. Право Европейского Союза : учебник : в 2 т. / отв. ред. С. Ю. Кашкин. — М. : Юрайт, 2013. — Т. 2. — 1023 с.
3. Nance M. Recognition, Freedom, and the Self in Fichte's Foundations of Natural Right // *European Journal of Philosophy*. — 2012. — Pp. 608—632.
4. Shaw M. N. *International Law*. — Sixth edition. — Cambridge University press, 2008. — 1710 p.

Материал поступил в редакцию 1 мая 2018 г.

¹⁵ Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ (ред. от 29.12.2017) «Об образовании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53. Ч. 1. Ст. 7598.

¹⁶ Официальный сайт ФГБУ «Главэкспертцентр». URL: <http://nic.gov.ru/ru/docs/foreign/confirmation> (дата обращения: 02.04.2018).

¹⁷ Конвенция о признании квалификаций, относящихся к высшему образованию в Европейском регионе, от 11 апреля 1997 г. // ETS № 165.

¹⁸ Соглашение о механизме взаимного признания и установления эквивалентности документов об ученых степенях в государствах — членах Евразийского экономического сообщества от 27 сентября 2005 г. // URL: http://nic.gov.ru/ru/docs/foreign/confirmation/agreem_recog_EurAsEC_2005 (дата обращения: 02.04.2018).

MUTUAL RECOGNITION AS THE BASIS OF INDIVIDUAL RIGHTS AND FREEDOMS, RIGHT TO LABOR MOBILITY AND MUTUAL RECOGNITION OF PROFESSIONAL QUALIFICATIONS IN THE EUROPEAN UNION¹⁹

ZAPLATINA Tatiana Sergeevna, Postgraduate of the Integration and European Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
tatianazaplatina@yandex.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The purpose of the paper is to analyze the role of mutual recognition in the implementation of the individual rights and freedoms on the example of the right to labor mobility and mutual recognition of professional qualifications in the European Union. The author draws a parallel with philosophical concepts that often highlight the issue of human rights in conjunction with freedom. Many philosophers have written that the freedom of one ends where the freedom of another one begins. J. G. Fichte noted that mutual recognition between free rational beings is a prerequisite for the possibility of their self-awareness. The European Union considers mutual recognition as the basis for the freedom of movement of persons and institutions — the freedoms of the European Union internal market. Without mutual recognition, it is impossible to realize the right to the free movement. The free movement of persons and free provision of services are fundamental freedoms of the internal market. These freedoms provide the individuals and legal entities right to organize and conduct business anywhere in the European Union. The mutual recognition of professional qualifications is a key mechanism facilitating the freedoms' realization; it allows qualified specialists to cross borders and carry out their work in another Member State. The mutual recognition of professional qualifications eliminates the need for retraining in another Member State. The mutual recognition of professional qualifications system, gradually developed in the European Union, is an important element of the internal market freedoms effective functioning. The European Union mechanism of mutual recognition of professional qualifications confirms the idea that recognition by rules is a guarantee of mutual freedom. The right to recognition is determined by recognition.*

Keywords: *mutual recognition of professional qualifications, freedom of movement of persons, labor mobility, rights and freedom recognition, European Union, Eurasian Economic Union.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Kazbekova E. V. Approbatio // Pravoslavnyaya entsiklopediya. URL: <http://pravoslavnyaya.academic.ru/1797/approbatio> (data obrashcheniya: 23.04.2018).
2. Pravo Evropeyskogo Soyuz : uchebnyk : v 2 t. / otv. red. S. Yu. Kashkin. — M. : Yurayt, 2013. — T. 2. — 1023 s.

¹⁹ This work is financed through a grant from the President of the Russian Federation for young scientists - candidates of sciences MK-6635.2018.6.

И. О. Митрофанов*

Правовые аспекты разграничения компетенции институтов Европейского Союза в сфере антимонопольной политики

Аннотация. В статье приводится анализ нормативных правовых актов, закрепляющих полномочия институтов и органов Европейского Союза, их взаимодействие, а также перспективы дальнейшего развития механизма регулирования антимонопольной политики Союза. По итогам проведенного исследования автор приходит к выводу, что механизм регулирования антимонопольной политики, сложившийся в рамках Европейского Союза, является в должной мере действенным в основном благодаря системе сдержек и противовесов, когда ни один институт Союза не обладает исключительной властью на принятие решений. Несмотря на это, механизм развивается, и развивается он по пути децентрализации. Представляется, что это должно привести к тому, что соблюдение антимонопольного законодательства Союза только возрастет.

Ключевые слова: антимонопольное право, Европейский Союз, институты, Суд Европейского Союза, антимонопольная политика, антимонопольные органы, Европейская конкурентная сеть.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.170-175

1. ВВОДНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

Согласно ст. 3 Договора о Европейском Союзе (ДЕС), Европейский Союз (далее также Союз, ЕС) создает внутренний рынок. Для этого Союз старается обеспечить устойчивое развитие Европы на основе сбалансированного экономического роста и стабильности цен, наличия в высокой степени конкурентоспособной социальной рыночной экономики. По нашему мнению, для достижения указанной цели институтам ЕС необходимо:

- 1) обеспечить единые правила осуществления экономической деятельности предприятий на всей территории ЕС, а также отмену из-

лишних, то есть направленных на ограничение конкуренции, установленных государствами барьеров;

- 2) пресекать действия предприятий, направленные на нарушение конкуренции в рамках свободного рынка.

Соответственно, монополистические действия предприятий будут подпадать под действие антимонопольного права ЕС только в случаях, когда затрагивают свободу торговли на едином рынке Союза.

В настоящей статье приводится анализ основных актов, закрепляющих полномочия институтов и органов Европейского Союза, их взаимодействие, а также перспективы развития

© Митрофанов И. О., 2019

* Митрофанов Илья Олегович, аспирант кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
mitrofanovil@gmail.com
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

механизма регулирования антимонопольной политики Союза.

2. АНТИМОНОПОЛЬНАЯ ПОЛИТИКА ЕС В КОНТЕКСТЕ ИНСТИТУЦИОНАЛЬНОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ

Положения, касающиеся антимонопольной политики, были закреплены еще в Парижском договоре 1951 г. об учреждении Европейского объединения угля и стали (ЕОУС). Так, ст. 65 указанного Договора была запрещена картельная практика предприятий, ст. 66 касалась вопросов концентрации предприятий в рамках ЕОУС, а также злоупотребления предприятиями доминирующим положением.

На протяжении всего развития единого европейского пространства антимонопольной политике отводилось одно из центральных мест. На сегодняшний день ст. 3 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС) относит установление правил конкуренции, необходимых для функционирования внутреннего рынка, к исключительной компетенции Союза, то есть государства-члены не вправе регулировать данные вопросы самостоятельно и могут обладать определенными прерогативами в данной сфере только в случаях, предусмотренных законодательством ЕС.

Несмотря на активную роль Европейского Союза в антимонопольной сфере, национальные антимонопольные органы также обладают определенными полномочиями. Связано это прежде всего с тем, что многие государства — члены ЕС приняли сходное регулирование антимонопольных правоотношений. Более того, роль национальных антимонопольных органов в регулировании антимонопольной политики Союза возрастает в силу того, что повысилась степень их взаимодействия с институтами ЕС. Это способствует повышению контроля за соблюдением предприятиями норм антимонопольного законодательства.

Для обеспечения действенной антимонопольной политики ЕС необходимо точное рас-

пределение полномочий среди институтов. Согласно ст. 13 ДЕС институтами Союза являются Европейский парламент, Европейский совет, Совет ЕС, Европейская комиссия (Комиссия), Суд Европейского Союза, Европейский центральный банк, Счетная палата.

Не все институты ЕС в равной степени задействованы в осуществлении антимонопольной политики. Центральное место занимает Комиссия, Суд Европейского Союза, Европейский парламент и Совет ЕС.

Комиссия ЕС обладает полномочиями по контролю за соблюдением принципов, установленных ст. 101 и 102 ДФЕС, по расследованию нарушений антимонопольного законодательства Союза, а также по наложению штрафов на предприятия государств-членов.

Суд Европейского Союза выполняет правоприменительную функцию, то есть применяет нормативные акты, принятые Европейским парламентом и Советом ЕС, а также правотворческую функцию, развивая основные принципы права ЕС для устранения пробелов и сближения правовой системы ЕС с правовыми системами государств-членов.

Некоторые ученые считают, что, осуществляя правотворческую функцию, Суд ЕС формирует источники вторичного права. Так, О. М. Мещерякова утверждает, что «именно к вторичному праву относятся прецеденты Суда ЕС»¹. По нашему мнению, прецеденты Суда ЕС не стоит относить к источникам вторичного права, потому что согласно ст. 288 ДФЕС к ним относятся регламенты, директивы, решения, рекомендации и заключения.

Что касается роли Европейского парламента и Совета ЕС, то их основной функцией как в целом в Союзе, так и в сфере антимонопольной политики является принятие нормативных правовых актов. Если говорить про особенности законодательной процедуры Европейского парламента и Совета ЕС, то можно согласиться с мнением, согласно которому особенностью законодательного процесса в сфере конкуренции является использование для принятия

¹ Мещерякова О. М. Суд ЕС и запрет монополистической деятельности предприятий в праве ЕС // Правовая инициатива. 2013. № 1. С. 7.

важнейших решений процедуры консультаций, резко ограничивающей роль Европейского парламента².

3. ЗНАЧЕНИЕ РЕГЛАМЕНТА СОВЕТА № 1/2003 ДЛЯ РЕАЛИЗАЦИИ ПОЛНОМОЧИЙ КОМИССИИ

Наряду с источниками первичного права ЕС, такими как ДЕС и ДФЕС, действует Регламент № 1/2003 от 16 декабря 2002 г., конкретизирующий полномочия Комиссии³.

Согласно гл. V Регламента № 1/2003 одной из основных функций Комиссии является исследование возможных нарушений антимонопольного законодательства Союза со стороны предприятий, осуществляющих свою деятельность на территории ЕС. Расследование заключается в проведении проверки предприятий, их документации, опроса физических лиц, представителей юридических лиц, направление в юридические организации запросов. Кроме проведения самих расследований, Комиссия обладает полномочиями привлечения нарушителей антимонопольного законодательства к ответственности, а именно наложения штрафов на предприятия. Комиссия также обладает правом применять временные меры и накладывать на предприятия обязательства, которые по общему правилу запрещают Комиссии продолжать расследование, за исключением случаев, предусмотренных п. 2 ст. 9 Регламента № 1/2003.

Как видно, предоставленные ДФЕС и Регламентом № 1/2003 Комиссии полномочия являются довольно широкими. На практике возможны случаи злоупотребления Комиссией своими правами. Например, Суд ЕС в деле *HeidelbergCement v. Commission EU* установил, что требование Комиссии о предоставлении информации, разосланное в виде анкеты, было

нечетким, посредственным и даже двусмысленным, Комиссия обязана при запрашивании информации обосновывать целесообразность такого запроса, кроме того, подобные запросы должны быть полными, понятными и не допускать двоякого толкования⁴.

Согласно ст. 18 Регламента № 1/2003 запрос Комиссии о предоставлении информации должен содержать правовое обоснование и цель запроса, указание на то, какая именно информация запрашивается, срок предоставления информации и ответственность предприятия за непредставление запрашиваемой информации.

В Союзе сложилась система сдержек и противовесов, при которой как различные ветви власти, так и сами институты не могут иметь неограниченные полномочия. В указанных выше примерах Суд ЕС, формируя прецедент, ограничивал полномочия Комиссии ЕС.

4. ЕВРОПЕЙСКАЯ КОНКУРЕНТНАЯ СЕТЬ

Отличительной особенностью Регламента № 1/2003 является то, что он касается также полномочий национальных судов государств — членов ЕС, а также национальных антимонопольных органов. Для целей применения ст. 101 и 102 ДФЕС национальные антимонопольные органы наделены полномочиями требовать прекращения действий, нарушающих конкуренцию, назначать временные меры, принятие обязательств, накладывать штрафы, периодические и другие штрафные платежи, предусмотренные национальным законодательством государств — членов Союза.

Стоит отметить активную деятельность национальных антимонопольных органов: так, с 2004 г. национальные антимонопольные органы приняли 865 решений в рамках своей ком-

² *Кашкин С. Ю., Четвериков А. О.* Право Европейского Союза : в 2 т. : учебник для бакалавров / под ред. С. Ю. Кашкина. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2013. Т. 2 : Особенная часть. С. 92.

³ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance) // Official Journal L 1. 04.01.2003.

⁴ Case C-247/14 P, *HeidelbergCement v. Commission* // ECLI:EU:C:2016:149.

петенции, в то время как Комиссия приняла 128 соответствующих решений⁵.

Совместно с Комиссией национальные антимонопольные органы составляют Европейскую конкурентную сеть (ECN)⁶. Европейская конкурентная сеть является скорее не органом с определенными полномочиями, а форумом для обмена информацией между Комиссией и национальными органами. Основными целями существования Европейской конкурентной сети являются информирование Комиссией и национальными органами друг друга о новых расследованиях нарушений антимонопольного законодательства, координация расследований, когда она необходима, предоставление друг другу помощи в расследованиях, обмен доказательствами и другой важной информацией, а также обсуждение вопросов, касающихся общих интересов.

Работа Европейской конкурентной сети проходит на четырех уровнях:

- ежегодное заседание Генерального директора участников;
- пленарные заседания;
- рабочие группы на горизонтальном уровне;
- секторальные подразделения (банковская сфера, энергия, спорт и т.д.).

В связи с активной ролью национальных антимонопольных органов в марте 2017 г. Комиссией было представлено предложение о принятии новой Директивы (так называемой ECN+ Directive)⁷.

Основанием для ее подготовки являются две группы предпосылок. Первая группа связана с ограниченными полномочиями национальных антимонопольных органов, а именно с отсутствием закрепленных гарантий применения антимонопольных правил Союза и достаточных механизмов для пресечения нарушения антимонопольного законодательства. Вторая группа предпосылок обусловлена тем, что у государств-членов есть свое собственное

антимонопольное законодательство, а значит, нельзя говорить о полном сближении антимонопольного права ЕС и его государств-членов. В связи с этим выделяются следующие проблемы: 1) отсутствие возможности наложения штрафов за нарушение антимонопольного законодательства Союза в зависимости от национального законодательства; 2) наличие расхождений в программах смягчения наказания в государствах — членах Союза.

Соответственно, предложенная Директива ECN+ направлена именно на восполнение указанных пробелов и реализацию в полной мере потенциала децентрализованной системы регулирования антимонопольной политики ЕС.

Что касается национальных судов государств-членов, то устанавливается и порядок взаимодействия их с Комиссией. Они вправе запрашивать у Комиссии информацию и мнение относительно вопросов, касающихся применения норм антимонопольного законодательства Союза. Кроме того, национальные суды обязаны передавать Комиссии копии решений, касающихся применения антимонопольного законодательства Союза.

Создание Европейской конкурентной сети и наделение национальных судов определенными полномочиями в первую очередь было необходимо для единообразного применения положений ст. 101 и 102 ДФЕС (бывших ст. 81 и 82 Римского договора).

5. РОЛЬ СУДА ЕС

Значительную роль в регулировании антимонопольной политики Союза, как было указано выше, занимает Суд ЕС.

Согласно ст. 19 ДЕС Суд ЕС обеспечивает соблюдение права в ходе применения и толкования Договоров. С этой целью Суд ЕС выносит

⁵ Empowering national competition authorities (NCAs) // URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/608816/EPRS_BRI\(2017\)608816_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/608816/EPRS_BRI(2017)608816_EN.pdf) (дата обращения: 17.02.2018).

⁶ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance).

⁷ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforces and to ensure the proper functioning of the internal

решение по искам, подаваемым государствами-членами, институтами, физическими или юридическими лицами, в преюдициальном порядке по запросам национальных юрисдикционных органов о толковании права Союза или о действительности актов, принятых другими институтами, а также в других случаях, предусмотренных Договорами.

Несмотря на важность соблюдения положений Договоров, а также их единообразное применение и толкование, по нашему мнению, основной задачей Суда ЕС в антимонопольной сфере является восполнение пробелов в правовом регулировании источниками первичного и вторичного права.

Так, в источниках первичного и вторичного права Союза отсутствует определение «предприятия», несмотря на то что понятие «предприятия» является существенным для применения норм антимонопольного законодательства.

Именно практика Суда ЕС восполнила этот пробел в правовом регулировании. Хрестоматийным в этом понимании делом является «Shell International Chemical Co v. Commission»⁸. Давно установлено, что в антимонопольном праве Европейского Союза термин «предприятие» не обязательно является синонимом юридического лица или физического лица, зарегистрированного в качестве индивидуального предпринимате-

ля. Именно в названном деле была установлена концепция предприятия как «экономической общности человеческих, материальных и нематериальных ресурсов, которая на долгосрочной основе преследует определенную экономическую цель и которая способна своими действиями нарушить антимонопольное законодательство».

Существуют и другие, не менее значительные дела, рассмотренные Судом ЕС, которые повлияли на антимонопольную политику Союза.

6. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В заключение хотелось бы отметить, что механизм регулирования антимонопольной политики, сложившийся в рамках Европейского Союза, является в должной мере действенным в основном благодаря системе сдержек и противовесов, когда ни один институт Союза не обладает исключительной властью на принятие решений. Несмотря на это, механизм развивается, и развивается он по пути децентрализации. Пока не в полной мере ясно, к чему это может привести, но, если посмотреть на статистику работы национальных антимонопольных органов и Комиссии, можно предположить, что соблюдение антимонопольного законодательства Союза только возрастет.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Кашкин С. Ю., Жупанов А. В. Тенденции развития антимонопольной политики ЕС и права конкуренции в рамках Европейского экономического пространства // Международно-правовые чтения. — 2013. — № 11. — С. 63—80.
2. Мещерякова О. М. Суд ЕС и запрет монополистической деятельности предприятий в праве ЕС // Правовая инициатива. — 2013. — № 1.
3. Hjeltvedt K. The decentralization of enforcement of EU/EEA competition law // European Competition Law Abstract. — 2017. — № 38 (2). — Pp. 60—71.
4. Jalabert-Doury N., Leclerc E., Blutel J. M., Schrepel T. Competition policies // International Business Law Journal. — 2016. — № 4. — Pp. 449—462.
5. Mircea V., Matei E. The second decentralisation of competition law — a must for an orderly administration of justice in the EU // Global Competition Litigation Abstract. — 2014. — № 7 (4). — Pp. 195—199.

Материал поступил в редакцию 1 мая 2018 г.

market // URL: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed_directive_en.pdf (дата обращения: 17.02.2018).

⁸ Case T-11/89, Shell International Chemical Co v. Commission EU // European Court Reports. 1999. I-01459.

LEGAL ASPECTS OF COMPETENCE DELIMITATION OF THE EUROPEAN UNION INSTITUTIONS IN THE FIELD OF ANTITRUST POLICY

MITROFANOV Ilya Olegovich, Postgraduate of the Integration and European Law Department of the Kutafin Moscow State University of Law (MSAL)
mitrofanovil@gmail.com
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper provides an analysis of regulatory legal acts enshrining the powers of the institutions and bodies of the European Union, their interaction, as well as prospects for the further development of the mechanism for regulating the antitrust policy of the Union. According to the results of the study, the author concludes that the mechanism for regulating antimonopoly policy, established within the European Union, is adequately effective mainly due to the system of checks and balances, when no Union institution has exclusive power to make decisions. Despite this, the mechanism is developing, and it is developing along the path of decentralization. It appears that this should lead to the fact that compliance with Union antitrust laws will only increase.*

Keywords: *antitrust law, European Union, institutions, European Court of Justice, antitrust policy, antitrust authorities, European Competition Network.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Kashkin S. Yu., Zhupanov A. V. Tendentsii razvitiya antimonopol'noy politiki ES i prava konkurentsii v ramkakh Evropeyskogo ekonomicheskogo prostranstva // Mezhdunarodno-pravovye chteniya. — 2013. — № 11. — S. 63—80.*
2. *Meshcheryakova O. M. Sud ES i zapret monopolisticheskoy deyatel'nosti predpriyatiy v prave ES // Pravovaya initsiativa. — 2013. — № 1.*

Н. А. Пожилова*

Правовое регулирование деятельности инвестиционных фондов в Европейском Союзе и в Российской Федерации

Аннотация. Статья посвящена некоторым базовым аспектам правового регулирования деятельности инвестиционных фондов в Европейском Союзе, в том числе вопросу понимания правовой природы инвестиционного фонда как разновидности схем коллективного инвестирования, в сравнении с правом Российской Федерации. На основе анализа российских нормативных правовых актов автор приходит к выводу, что правовая система Российской Федерации, несмотря на некоторые недостатки, успешно справляется с регулированием деятельности инвестиционных фондов. Кроме того, немаловажным фактором в развитии правового регулирования в данной сфере является возрастающая роль Евразийского экономического союза (ЕАЭС), в частности, инициатива по созданию общего рынка финансовых услуг, в рамках которой уже принят ряд базовых соглашений. Автор считает, что в рамках ЕАЭС не следует вводить более жесткие дополнительные требования к инвестиционным фондам, аналогично тем, которые предусмотрены в праве ЕС, так как это может привести к негативному результату, связанному с потерей инвесторами интереса к использованию подобных схем.

Ключевые слова: инвестиционный фонд, схемы коллективного инвестирования, свобода передвижения капиталов, свобода передвижения услуг, единый внутренний рынок, финансовые услуги.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.176-181

Ключевую роль в развитии современного финансового рынка играют различные схемы коллективного инвестирования, аккумулирующие денежные средства частных инвесторов для их последующего использования с целью извлечения прибыли. Приоритетное место при совершении операций подобного рода играют инвестиционные фонды, подход

к правовому регулированию деятельности которых претерпевает в настоящий момент изменение.

Так, первые изменения в регулировании инвестиций наметились еще в начале 2015 г., после опубликования 18 февраля «Зеленой книги» по формированию союза рынков капитала (capital markets union). И уже через несколько

© Пожилова Н. А., 2019

* Пожилова Наталья Андреевна, аспирант кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
natalia229@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

месяцев, 30 сентября, Европейская комиссия одобрила План действий¹, включающий в себя около 20 мер по достижению поставленной цели, в числе которых поддержка субъектов малого и среднего предпринимательства (далее — МСП)².

Что касается существующего подхода к пониманию правовой природы инвестиционного фонда, необходимо отметить, что Директива № 2004/39/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О рынках финансовых»³ оперирует понятиями «инвестиционные услуги», не прибегая при этом к какому-либо толкованию и интерпретации, и «инвестиционная фирма», означая юридическое лицо, основной деятельностью которого является предоставление одной или нескольких инвестиционных услуг третьим сторонам и/или осуществление одного или нескольких видов инвестиционной деятельности на профессиональной основе.

В свою очередь, понятие «схема коллективного инвестирования», или «предприятие по коллективному инвестированию» (в том смысле, в каком этот термин используется в источниках вторичного права ЕС, а именно в Директиве о предприятиях по коллективному инвестированию в обращающиеся ценные бумаги), подразумевает наиболее широкий смысл использования, для того чтобы подвести под действие актов вторичного права все возможные формы осуществления инвестиционной деятельности, реализации свободы передвижения капиталов в рамках ЕС вне зависимости от того, являются ли они юридическими лицами или же были созданы на основании договорного права.

Для сравнения: в Соединенных Штатах Америки под определение «компаний» подпадают корпорации, акционерные общества, трасты, ассоциации и иные организационные формы (п. 8 (а) ст. 2 Закона об инвестиционных компаниях 1940 г.⁴).

Таким образом, можно сделать вывод, что в самом широком смысле схемы коллективного инвестирования, или предприятия по коллективному инвестированию, — это субъекты финансового рынка, аккумулирующие денежные средства из разных источников в единый фонд под руководством профессионального управляющего (менеджера) для последующего вложения в ценные бумаги и другое имущество с целью извлечения прибыли. В то время как инвестиционный фонд, строго говоря, представляет собой один из возможных организационно-правовых вариантов создания и функционирования предприятия по коллективному инвестированию, являясь при этом наиболее распространенным явлением.

Основные функции (задачи) предприятий по коллективному инвестированию можно условно разделить на следующие категории: инвестирование денежных средств, привлекаемых за счет третьих лиц; сохранение и приумножение сбережений населения; поддержание стабильности функционирования финансового рынка за счет повышения ликвидности и снижения волатильности ценных бумаг, а также за счет обеспечения прозрачности и открытости проводимых операций; финансирование развития социально значимых и инновационных проектов (венчурные инвестиции).

¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and social committee and the Committee of the regions, Action Plan on Building a Capital Markets Union. Brussels, 30.09.2015 COM(2015) 468 final // European Commission. URL: http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/docs/building-cmu-action-plan_en.pdf (дата обращения: 01.05.2018).

² Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises // OJ L 124. 20.05.2003. Pp. 36—41.

³ Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC // OJ L 145. 30.04.2004. Pp. 1—44.

⁴ Investment company act of 1940 [as amended through p.l. 112—90, approved january 3, 2012] // U. S. Securities and Exchange Commission. URL: <https://www.sec.gov/about/laws/ica40.pdf> (дата обращения: 01.05.2018).

В настоящий момент в праве Европейского Союза существует достаточно развернутый правовой режим в отношении предприятий коллективного инвестирования в обращающиеся ценные бумаги (UCITS)⁵ и альтернативных инвестиционных фондов⁶. А в связи со становлением союза рынков капитала реформированию подлежат также нормы, регулирующие деятельность европейских фондов долгосрочных инвестиций, европейских фондов венчурного капитала⁷ и социального предпринимательства⁸, а также фондов денежного рынка.

Право Европейского Союза на протяжении многих лет имеет достаточно значительное влияние на правовую систему Российской Федерации, а также находит отражение в практике российских судов⁹.

При проведении сравнительного анализа существующего в настоящий момент правового режима в отношении инвестиционных фондов в РФ и ЕС необходимо подчеркнуть, что правовая природа и общая направленность регулирования весьма схожи. Для Российской Федерации, как и для Европейского Союза, характерно осуществление в отношении субъектов фондового рынка достаточно жесткого контроля, включая предъявление требований и на стадии создания предприятия, и на стадии осуществления деятельности. Однако можно выделить и следующие особенности.

Во-первых, немаловажным является тот факт, что в Российской Федерации законодательно закреплено легальное определение термина «инвести-

ции». Так, согласно Федеральному закону от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»¹⁰ под инвестициями понимаются объекты гражданских прав (в том числе и неимущественные права — интеллектуальные права и приравненные к ним средства индивидуализации), имеющих денежную оценку, вложенные в объекты предпринимательской и (или) иной деятельности в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта. В свою очередь, Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»¹¹ рассматривает инвестиции (иностранные) в динамике правового регулирования отношений между субъектами предпринимательской деятельности как «вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности», однако также ограничивается перечислением объектов гражданских прав.

Во-вторых, если право ЕС оперирует в отношении субъектов фондового рынка понятием «предприятие», то для российской правовой системы более характерно использование категории «организация». Весьма интересным также является факт соотношения понятий предприятия как имущественного комплекса, согласно положениям ст. 132 Гражданского кодекса РФ, и паевого инвестиционного фонда, который по действующему законодательству юридическим лицом не является и в отноше-

⁵ Directive 2009/65/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS) // OJ L 257. 28.08.2014. Pp. 186—213.

⁶ Directive 2011/61/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2003/41/EC and 2009/65/EC and Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 1095/2010 // OJ L 174. 01.07.2011. Pp. 1—73.

⁷ Regulation (EU) No 345/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on European venture capital funds Text with EEA relevance // OJ L 115. 25.04.2013. Pp. 1—17.

⁸ Regulation (EU) No 346/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on European social entrepreneurship funds // OJ L 115. 25.04.2013. Pp. 18—38.

⁹ Калиниченко П. А. Европейский Союз: право и отношения с Россией : монография. М. : Норма: Инфра-М, 2012. 272 с.

¹⁰ СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096.

¹¹ СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

нии которого термин «организация» применим весьма условно¹².

В-третьих, с принятием в 2001 г. Федерального закона от 29.11.2001 № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах»¹³ в России было в достаточной степени подробно закреплено правовое регулирование в отношении паевых и акционерных инвестиционных фондов. Необходимо также отметить, что закон, помимо основной классификации, дополнительно подразделяет фонды на открытые, интервальные и закрытые — в зависимости от комплекса правомочий, которыми наделены инвесторы и управляющая компания соответственно. В данной классификации наиболее выгодным для инвестора и настолько же менее приемлемым для управляющей компании является открытый вид фонда, где погашение паев ставится в зависимость исключительно от воли инвестора. Закрытый фонд, в свою очередь, не предполагает немедленного погашения паев, однако наделяет инвестора корпоративным правом произвести замену управляющей компании¹⁴. Большинство интервальных инвестиционных фондов устанавливают определенный временной период, например 2 недели в квартал, для совершения операций по погашению, ограничивая их возможное количество в целом¹⁵.

Основное различие, проводимое законом в отношении двух обозначенных категорий — акционерного и паевого инвестиционных фондов, заключается в том, что последний не является юридическим лицом. В случае с паевым

инвестиционным фондом формирование имущественного комплекса осуществляется путем заключения договора доверительного управления, как правило, в форме присоединения.

При этом, несмотря на определенные положительные аспекты, присущие правовому регулированию деятельности инвестиционных фондов в России, нельзя не отметить существующие пробелы. В частности, нашей правовой системе неизвестен институт траста в той форме, в которой он столь широко распространен в государствах англосаксонской системы права¹⁶.

Необходимо также подчеркнуть, что отдельное правовое регулирование в части предъявления дополнительных требований и более детальной регламентации деятельности было предусмотрено приказом ФСФР РФ от 28.12.2010 № 10-79/пз-н «Об утверждении Положения о составе и структуре активов акционерных инвестиционных фондов и активов паевых инвестиционных фондов»¹⁷, определяющим 16 различных категорий (среди которых — фонд денежного рынка, фонд облигаций, фонд акций, фонд смешанных инвестиций, фонд прямых инвестиций, фонд художественных ценностей, фонд долгосрочных прямых инвестиций и др.), и действующим в настоящий момент Указанием Банка России от 05.09.2016 № 4129-У «О составе и структуре активов акционерных инвестиционных фондов и активов паевых инвестиционных фондов»¹⁸.

Таким образом, можно подчеркнуть, что правовая система Российской Федерации, несмотря

¹² См.: Биджиев А. Х. Паевой инвестиционный фонд как имущественный комплекс // Юриспруденция. 2010. № 3 ; Ефимова Ю. С. Паевой инвестиционный фонд как объект гражданских прав // Вестник БГУ. 2012. № 2.

¹³ СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4562.

¹⁴ Пластинин Р. В. Регулирование посредников рынка ценных бумаг: паевых и акционерных инвестиционных фондов РФ // Известия Санкт-Петербургского государственного экономического университета. 2014. № 1 (85).

¹⁵ Семенихин В. В. Правовые основы паевых инвестиционных фондов // Бухгалтер и закон. 2012. № 5 ; Ножкин С. А. Понятие и правовая природа паевого инвестиционного фонда // Бизнес в законе. 2010. № 2.

¹⁶ Гудакова Л. В., Рындина И. В. Проблемы российских институтов доверительного управления // Финансы и кредит. 2010. № 42 (426).

¹⁷ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2011. № 18 (окончание действия документа 17.12.2016).

¹⁸ Вестник Банка России. 2016. № 103.

на некоторые недостатки, успешно справляется с регулированием деятельности инвестиционных фондов. В настоящий момент доля инвестиционных фондов как схем по аккумулированию денежных средств для их последующего вложения в России, по сравнению с государствами — членами ЕС, незначительна. При этом в условиях снижения ставок по банковским депозитам в России именно инвестиционные фонды могут стать необходимым подспорьем для сохранения сбережений граждан от инфляции и приумножения благосостояния российского общества.

Кроме того, немаловажным фактором в развитии правового регулирования в данной сфере является возрастающая роль Евразийского экономического союза (ЕАЭС), в частности иници-

атива по созданию общего рынка финансовых услуг, в рамках которой уже принят ряд базовых соглашений, например Соглашение об обмене информацией, в том числе конфиденциальной, в финансовой сфере в целях создания условий на финансовых рынках для обеспечения свободного движения капитала¹⁹.

Видится не совсем эффективным введение более жестких дополнительных требований к инвестиционным фондам, аналогичных тем, которые в настоящий момент предусмотрены в праве ЕС, так как это может привести к негативному результату в связи с потерей инвесторами интереса к использованию подобных схем. Однако это не исключает возможности обращения к европейскому опыту в будущем.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Биджиев А. Х. Паевой инвестиционный фонд как имущественный комплекс // Юриспруденция. — 2010. — № 3.
2. Гудакова Л. В., Рындина И. В. Проблемы российских институтов доверительного управления // Финансы и кредит. — 2010. — № 42 (426).
3. Ефимова Ю. С. Паевой инвестиционный фонд как объект гражданских прав // Вестник БГУ. — 2012. — № 2.
4. Калинин П. А. Европейский Союз: право и отношения с Россией : монография. — М. : Норма: Инфра-М, 2012. — 272 с.
5. Ножкин С. А. Понятие и правовая природа паевого инвестиционного фонда // Бизнес в законе. — 2010. — № 2.
6. Пластинин Р. В. Регулирование посредников рынка ценных бумаг: паевых и акционерных инвестиционных фондов РФ // Известия Санкт-Петербургского государственного экономического университета. — 2014. — № 1 (85).
7. Семенхин В. В. Правовые основы паевых инвестиционных фондов // Бухгалтер и закон. — 2012. — № 5.

Материал поступил в редакцию 1 мая 2018 г.

¹⁹ Бюллетень международных договоров. 2017. № 1.

LEGAL REGULATION OF INVESTMENT FUNDS IN THE EUROPEAN UNION AND THE RUSSIAN FEDERATION

POZHILOVA Natalya Andreevna, Postgraduate of the Integration and European Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
natalia229@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper is devoted to some basic aspects of the legal regulation of investment funds in the European Union, including the issue of understanding the legal nature of an investment fund as a type of collective investment schemes, in comparison with the law of the Russian Federation. Based on the analysis of the Russian regulatory legal acts, the author concludes that the legal system of the Russian Federation, despite some shortcomings, successfully copes with the regulation of investment funds. In addition, an important factor in the development of legal regulation in this area is the growing role of the Eurasian Economic Union (EAEU), in particular, the initiative to create a common financial services market, under which a number of basic agreements have already been adopted. The author believes that, within the framework of the EAEU, additional stricter requirements for investment funds similar to those provided for in EU law should not be introduced as this can lead to a negative result associated with the loss of investor interest in the use of such schemes.*

Keywords: *investment fund, collective investment schemes, freedom of movement of capital, freedom of movement of services, single domestic market, financial services.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Bidzhiev A. Kh. Paevoy investitsionniy fond kak imushchestvenniy kompleks // Yurisprudentsiya. — 2010. — № 3.*
2. *Gudakova L. V., Ryndina I. V. Problemy rossiyskikh institutov doveritel'nogo upravleniya // Finansy i kredit. — 2010. — № 42 (426).*
3. *Efimova Yu. S. Paevoy investitsionniy fond kak ob'ekt grazhdanskikh prav // Vestnik BGU. — 2012. — № 2.*
4. *Kalinichenko P. A. Evropeyskiy Soyuz: pravo i otnosheniya s Rossiei : monografiya. — M. : Norma: Infra-M, 2012. — 272 s.*
5. *Nozhkin S. A. Ponyatie i pravovaya priroda paevogo investitsionnogo fonda // Biznes v zakone. — 2010. — № 2.*
6. *Plastinin R. V. Regulirovanie posrednikov rynka tsennykh bumag: paevykh i aktsionnykh investitsionnykh fondov RF // Izvestiya Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo ekonomicheskogo universiteta. — 2014. — № 1 (85).*
7. *Semenikhin V. V. Pravovye osnovy paevykh investitsionnykh fondov // Bukhgalter i zakon. — 2012. — № 5.*

Соотношение принципа состязательности и понятие истины в уголовном судопроизводстве Азербайджанской Республики

Аннотация. В статье излагается авторский подход к пониманию вопросов состязательности и истины, доказательств и доказывания в уголовном судопроизводстве, основные подходы к вопросу истины в уголовно-процессуальном законодательстве Азербайджанской Республики и Российской Федерации. Состязательность оценивается как действенный механизм обеспечения равноправного участия сторон в доказывании, как проявление сущности современного уголовного процесса. Проанализированы проблемы соотношения объективной истины и состязательности уголовного процесса, связи между состязательностью, равноправием сторон и установлением объективной истины по уголовному делу.

Обосновывается вывод о том, что если на момент вынесения первоначального приговора стороны и суд сделали все, что можно было в тех условиях, то к моменту вынесения этот приговор был действительным и воспринимался всеми как утверждение «вне разумных сомнений». Такой подход в большей мере соответствует природе процессуального познания и позволяет органически сочетать, а не противопоставлять стремление к истине и состязательность в современном уголовном судопроизводстве.

Ключевые слова: уголовный процесс, уголовное судопроизводство, состязательность, истина, доказывание, доказательство, объективная истина, вне разумных сомнений.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.182-195

Принимая во внимание, что в современном уголовном судопроизводстве всех национальных государств, а также и в международно-правовой юстиции так или иначе проявляются параметры состязательности, решение главного вопроса судопроизводства — установ-

ление фактических обстоятельств конкретного преступного деяния и причастность/виновность подсудимого — тесно связывается с вопросом истины: материальной; абсолютной или относительной; юридической или объективной¹. Этот вопрос всегда имел спорный характер в теории

¹ Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб. : Альфа, 1996. Т. 1. С. 164 ; Строгович М. С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. М., 1947 ; Материальная истина и судебные доказательства. М. : Академия наук СССР, 1955 ; Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 131—132 ;

© Атакиши А. М., 2019

* Атакиши Аббас Муса-оглу, старший преподаватель кафедры уголовного процесса Бакинского государственного университета, адвокат

abbas@azeurotel.com

AZ-1073/1, Азербайджанская Республика, г. Баку, ул. Академика Захид Халилова, д. 23

уголовно-процессуального права. Главные проблемы здесь — это критерии и средства установления истины, которые невозможно юридически четко определить. Не только доктринальный, но и законодательный подход в этом вопросе не отличается единообразием; это наблюдается в понимании, толковании правовых предписаний и в их применении².

В настоящее время в азербайджанской и российской процессуальной литературе существует достаточно устоявшееся представление об их категорическом взаимоисключении. В случаях, когда каким-то образом упоминается идея о необходимости установления истины, нередко главным препятствием в ее достижении, аргументом в обосновании невозможности истинного познания называют принцип состязательности уголовного процесса. Его влияние на

определение сущности всех уголовно-процессуальных вопросов, в том числе и на результат разрешения дела по существу, по мнению этих исследователей, исключает или препятствует достижению истинного познания. Вопрос истины имеет определенные следы и упоминания в актах национального законодательства об уголовном судопроизводстве отдельных стран. Но попытки обосновать необходимость законодательного закрепления требования о достижении истины как обязательной цели доказывания, ссылаясь на национальные традиции или менталитет, не имеют никакой почвы.

Ни современные, ни исторические законодательные положения Азербайджана или России также не свидетельствуют об этом. По уголовно-процессуальному законодательству, действовавшему на территориях данных стран

Смирнов А. В. Состязательный процесс. СПб.: Альфа, 2001. С. 78—81; Печников Г. А. Диалектические проблемы истины в уголовном процессе: дис. ... д-ра юрид. наук. Волгоград, 2005. 462 с.; Кухта А. А. Доказывание истины в уголовном процессе: дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2010. 660 с.; Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе. М.: Юрайт, 2010, С. 26—40; Якимович Ю. К. Установление объективной истины как средства достижения цели и решения задач уголовного судопроизводства. М., 2013; Свиридов М. К. Задача установления истины и средства ее достижения в уголовном процессе // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 8; Теучеж А. А. Соотношение «объективной» и «юридической» истины в уголовном процессе России. М., 2015; Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. М., 2016. С. 429; Середнев В. А. О ценности «артефактной» истины в уголовном процессе (философский аспект) // Вестник Нижегородского университета имени Н. И. Лобачевского. 2016. № 3. С. 171—178; Якимова Е. З. Проблемы установления истины в уголовном судопроизводстве // Научно-методический электронный журнал «Концепт». 2017. Т. 2. С. 135—139. URL: e.concept.ru/2017/570029.htm; Воскресенский Ф. А. Принцип материальной истины и философия прагматизма в американском уголовном судопроизводстве // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018; Кириллова Н. П. Санкт-Петербургская уголовно-процессуальная школа и проблемы установления истины в суде. СПб., 2015. С. 35—42.

² Корпакова С. В. Об установлении истины в уголовном судопроизводстве России в свете принципа состязательности уголовного процесса. М., 2010; Петрова О. В. Объективная истина и гарантия ее установления в уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2000. 220 с.; Смирнов Г. К. Восстановление в УПК РФ объективной истины как цели доказывания // Уголовный процесс. 2012. № 4. С. 10—17; Шадрин В. С. Истина в современном российском уголовном судопроизводстве // Вестник Самарского государственного университета. 2014; Артамонова Е. А. Установление объективной истины в уголовном судопроизводстве как насущная необходимость // Вестник Забайкальского государственного университета. 2009. № 5; Баев О. Я. Под флером объективной истины (о законопроекте «Об объективной истине в уголовном судопроизводстве») // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2012. № 2 (13). С. 394—410; Бастрыкин А. И. Вернуть в уголовный процесс институт истины // Российская газета. 2013. № 5731; Юй Ишэн. Юридическая истина в определении сущности предмета доказывания // Lex Russica. 2014. № 1. С. 58—66; Шаров Д. В. Объективная истина в уголовном процессе: за и против законодательной инициативы // URL: www.ugpr.ru.

после 60-х гг. XIX в., не было предусмотрено требование об установлении объективной истины. В статье 20 УПК РСФСР (ст. 19 УПК Азербайджанской ССР³) было закреплено требование о всестороннем, полном и об объективном установлении всех обстоятельств дела. Но само требование установления истины как цель уголовного процесса никогда не было закреплено в законе текстуально — ни до революции, ни после. В национальном законодательстве некоторых зарубежных стран термин «истина» встречается⁴, но даже когда он используется, установление истины не рассматривается в качестве цели правосудия.

Конституция Азербайджанской Республики 1995 г.⁵ (далее — Конституция АР), особенно после внесения изменений 2009 г., также использует этот термин и, по нашему мнению, уделяет особое и своеобразное внимание вопросу истины в уголовном судопроизводстве. Например, в ст. 32 Конституции АР установлено, что право на сохранение тайны переписки, сообщений и сведений, передаваемых средствами связи, в предусмотренном законом порядке может быть ограничено для предотвращения преступления или для выявления истины при расследовании уголовного дела. Хотя в ст. 63 Конституции АР установлено, что при осуществлении правосудия не могут быть использованы доказательства, полученные с нарушением закона, что может воспрепятствовать установлению истины по делу, тем не менее, согласно ст. 125 Конституции АР в ред. от 18.03.2009⁶, судопроизводство должно обеспечивать установление истины. Одновременно с этим закрепляется, что судьи рассматривают дела беспристрастно, справедливо, соблюдая равноправие сторон, на основе фактов и в соответствии с законом, а судопроизводство осуществляется на основе

принципа состязательности. Согласно ст. 127 и 129 Конституции АР правосудие основывается на презумпции невиновности, что неизбежно предполагает регулирование принятия решения в ситуации неустранимых сомнений, когда законодатель признает, что истину установить невозможно, но решение суда во всяком случае должно основываться на законе и доказательствах.

Конституция Российской Федерации (далее — Конституция РФ) определяет, что при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ст. 50 Конституции РФ), фактически делая выбор между двумя ценностями — объективной истиной и законностью — в пользу последней. Судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон (ст. 123 Конституции РФ). А термин «истина» не используется ни в Конституции РФ, ни в УПК РФ.

Статус прокурора (государственного обвинителя) и адвоката (защитника) как сторон в уголовном судопроизводстве в Конституциях АР и РФ прямо не определяется. В Конституции АР констатируется лишь то, что в уголовном судопроизводстве участвуют Прокуратура Азербайджанской Республики и защита (ст. 125). В Конституции РФ установлено лишь право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45), и то, что каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи, в том числе и в уголовном судопроизводстве (ст. 48 Конституции РФ).

Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики 2000 г.⁷ (далее — УПК АР) развивает и детализирует конституционные положения. Он определяет назначение уголовного

³ Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики 1960 года // URL: www.ves.az.

⁴ Например, в УПК ФРГ. См.: Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия = *Strafprozessordnung (StPO)* : науч.-практ. комментарий и перевод текста закона со вступ. ст. проф. Уве Хелльманна «Введение в уголовно-процессуальное право ФРГ». Universitätsverlag Potsdam, 2012.

⁵ Конституция Азербайджанской Республики. Баку, 2016 // URL: www.e-qanun.az.

⁶ Акт референдума от 18.03.2009 // URL: www.e-qanun.az.

⁷ Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики от 25 августа 2000 года. Баку, 2018 // URL: www.e-qanun.az.

процесса как быстрое раскрытие преступлений, всестороннее, полное и объективное выяснение всех обстоятельств, связанных с уголовным преследованием (ст. 8). Нарушение принципов или условий уголовного процесса в случаях, установленных настоящим Кодексом, может привести к выводу о недействительности законченного производства по уголовному преследованию, к отмене постановлений, принятых в его ходе, либо к выводу об отсутствии доказательственной силы собранных материалов (ст. 9). Судьи должны обеспечивать участникам уголовного процесса необходимые условия для всестороннего, полного и объективного исследования всех связанных с уголовным преследованием обстоятельств (ст. 28). Сведения, документы и другие вещи могут быть приняты судом в виде доказательств при отсутствии сомнений в их действительности, источнике образования и обстоятельствах получения. Если нарушение требований УПК АР должно или может повлиять на действительность этих доказательств, их принятие в виде доказательств по уголовному делу недопустимо. Доказательства также являются недопустимыми, если они получены от лица, которое не способно опознать документ или иную вещь, что могло бы подтвердить их действительность (ст. 125). Повторная экспертиза производится, если заключение эксперта недостаточно обоснованно или сомнительно либо доказательства, на которых оно основывается, признаны недействительными (не вескими) либо нарушены процессуальные правила производства экспертизы (ст. 267).

При проверке заявления о рассмотрении приговора суда по вновь открывшимся обстоятельствам одним из видов решений является постановление о возбуждении производства по заявлению о рассмотрении приговора или постановления суда по вновь открывшимся обстоятельствам. Такое решение принимается лишь в том случае, если заявление или приложенные к нему документы явствуют, что установление таких обстоятельств либо их возможное существование действительно могут вызвать сомнения в обоснованности оспариваемого приговора или постановления суда. Если для рассмотрения приговора или постановления суда по вновь

открывшимся обстоятельствам требуется проведение специального расследования в целях определения действительности и полноты обстоятельств, явившихся основанием для подачи заявления, судья Верховного Суда Азербайджанской Республики своим постановлением поручает Генеральному прокурору Азербайджанской Республики организовать проведение такого расследования (ст. 466).

УПК АР существенное значение придает объективности производства по уголовному делу и во многих статьях требует объективного разбирательства, например: «...объективное предварительное разбирательство до установления требуемых обстоятельств» (ст. 46); «по всем иным обвинениям, совместное рассмотрение которых может препятствовать объективности расследования» (ст. 49); «...объективному и своевременному разбирательству всех обстоятельств» (ст. 50); «...при невозможности объективного разбирательства производства» (ст. 53); «...объективного проведения следствия» (ст. 84); «принять необходимые меры к... объективному расследованию дела» (ст. 85, 86); «эксперт должен дать мотивированное и объективное заключение по поставленным перед ним вопросам» (ст. 97); «не могут быть отклонены ходатайства и просьбы, направленные на всестороннее, полное и объективное исследование всех связанных с уголовным преследованием обстоятельств в рамках надлежащей правовой процедуры» (ст. 121); «доказательства, собранные по уголовному преследованию, должны быть проверены полностью, всесторонне и объективно» (ст. 144); «дознатель, следователь, прокурор, судья оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и объективном рассмотрении доказательств в их совокупности, руководствуясь законом и своей совестью» (ст. 145 в редакции от 13 февраля 2015 г.); «другое уголовное дело не может быть выделено, если имеются препятствия к всестороннему, полному, объективному и своевременному выяснению всех обстоятельств, связанных с уголовным преследованием, даже при наличии одного или нескольких условий, предусмотренных статьей 211 настоящего Кодекса»; «...для

объективного производства предварительного следствия» (ст. 215); «следователь или дознаватель не вправе необоснованно отклонять удовлетворение письменных ходатайств о допросе подозреваемого, обвиняемого, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей, свидетелей, о проведении экспертизы, производстве других следственных действий, когда это имеет значение для всестороннего, полного и объективного расследования всех обстоятельств, связанных с уголовным преследованием» (ст. 220); «обоснование объективных обстоятельств и мотивов, являющихся основанием для производства обыска или выемки или наложения ареста на имущество» (ст. 243, 249, 256); «объективные обстоятельства, являющиеся основанием для перехвата соответствующих переговоров или сообщений, и мотивировка этого» (ст. 259); «объективные обстоятельства, позволяющие назначить экспертизу, и ее мотивирование» (ст. 264); «объективные обстоятельства, являющиеся основанием для изъятия образцов для исследования, и мотивировка этого» (ст. 273); прокурор по делу, поступившему с обвинительным актом, обязан проверить, кроме прочего, «исследованы ли всесторонне, полно и объективно обстоятельства совершения преступления» (ст. 290); «в отсутствие обвиняемого судебное разбирательство допускается только в двух случаях, в том числе если лицо, обвиняемое в преступлении, не представляющем большой общественной опасности, заявило ходатайство о рассмотрении судом выдвинутого против него обвинения в его отсутствие, при условии, что это не будет препятствовать всестороннему, полному и объективному исследованию всех обстоятельств, связанных с уголовным преследованием» (ст. 311).

Приведенные положения Конституции АР и УПК АР показывают, что в азербайджанской процессуальной науке вопросы об истине в уголовном судопроизводстве и ее соотношении с понятием состязательности процесса весьма актуальны. Анализ законодательства позволяет высказать гипотезу, что оба эти понятия в их современном соотношении в законодательстве Азербайджана создают принципиально новую правовую ситуацию, которая уже не может быть

объяснена с позиций теории советского уголовного процесса. Она не адекватна советским представлениям о доказывании как форме процессуального познания, о целях доказывания, средствах, критериях истинности познания и т.п. Теория состязательности, по существу, советской процессуальной наукой также глубоко не исследовалась, и в настоящее время в азербайджанской и российской процессуальной науке возник противоречивый подход к объяснению этих вопросов. Попытаемся обосновать наше представление о проблемах соотношения состязательности и необходимости устанавливать истину в современном уголовном судопроизводстве в условиях нового процессуального регулирования этих вопросов в национальном законодательстве.

Сначала уточним свое видение проблем истины в соотношении с состязательностью в уголовном судопроизводстве. С практической стороны можно утверждать, что у современного азербайджанского суда есть достаточные средства для стремления установить истину, когда конкретные обстоятельства дела это объективно позволяют. Если суд будет стремиться к такой цели, то в определенных случаях, когда объективные условия конкретного дела позволяют, он может установить истину по делу и без упоминания этого слова в тексте закона. Он может удовлетворить ходатайство адвоката, назначить экспертизу, привлечь специалистов, осмотреть место преступления, организовать следственный эксперимент и т.д., что позволило бы установить истину преступного события или сделать вывод об отсутствии преступления или о непричастности к нему подсудимого и констатировать невиновность обвиняемого. Мы исходим из того, что включение в законодательство термина «истина» само по себе еще не обеспечивает ее достижение по каждому делу, потому что сам термин не добавляет какие-либо новые средства, гарантирующие достижение истины.

При рассмотрении, анализе и оценке достоинств понятия истины в его соотношении с состязательностью в современном уголовном процессе следовало бы исходить из того, что состязательность уголовного судопроизводства к XXI в. стала мировым достижением челове-

чества и перестала быть преимуществом какого-либо национального государства или даже системы права группы государств, принадлежащих к одной правовой семье. Она так или иначе присутствует в уголовном процессе всех современных государств, но это не исключает разнообразия ее проявлений, с учетом построения уголовного процесса, его традиций и национальных особенностей.

При этом сущность состязательности современного уголовного судопроизводства везде и всегда остается одинаковой. Именно состязательность определяет сущность современного процесса, делая необходимыми в нем: разделение процессуальных функций, участие противоположных сторон, их равноправное участие в доказывании, возложение обязанностей доказывания обвинения на сторону обвинения, предоставление обвиняемому права на защиту, признание презумпции невиновности и другие черты современного уголовного процесса. При этом нам кажется, никто не будет против, чтобы суд устанавливал истину по делу, если объективно есть такая возможность. Но, если, например, в процессуальном законодательстве Германии, Франции и употребляется термин «истина», там нет законодательного требования, чтобы суд устанавливал истину по каждому делу⁸. Такой подход показывает, что вопрос об истине в уголовном судопроизводстве лежит не в формально-определенном его отражении в тексте закона, а в сущностном понимании назначения и задач современного уголовного судопроизводства, в том числе в сущностном понимании презумпции невиновности, прав человека и необходимости их обеспечения в уголовном

судопроизводстве. В этом контексте уместно вспомнить, что, например, в Уставе уголовного судопроизводства 1864 г.⁹ (ст. 612) прямо было записано, что судья должен предоставлять каждому подсудимому всевозможные средства к оправданию. К сожалению, эта традиция утрачена, и не она берется за основание в контексте дискуссий о несовместимости истины и состязательности. Противопоставляя их, чаще указывают на то, что состязательность препятствует установлению истины в том смысле, что затрудняет выносить обвинительные приговоры. Исследования показывают, что есть очень много случаев, когда люди отбывают наказание непонятно за что или за действия, которые они не совершали. В год оправдывается примерно от 0,3 до 0,7 % обвиняемых в России и от 0,1 до 0,2 % — в Азербайджане. За год в судах прекращаются более 200 тыс. уголовных дел в России, в Азербайджане — в незначительном количестве, но больше чем количество оправдательных приговоров. Эти данные позволяют предполагать, что во многих случаях, когда человека должны были оправдать, принимается решение о прекращении дела¹⁰.

В Москве за 2012 г. было рассмотрено около 18 тыс. уголовных дел, а оправдано всего 17 человек. А мировые судьи в течение года вынесли оправдательные приговоры в отношении 170 человек¹¹.

Несколько лет назад законопроект о введении в УПК понятия объективной истины¹² вызвал большой резонанс в Российской Федерации. Теоретики и общественность активно выступили против такого откровенно формально-догматического предложения, но

⁸ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / отв. ред. П. А. Лупинская, Л. А. Воскобитова. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Норма : Инфа-М, 2018. 1008 с. ; Головкин Л. В. Уголовно-процессуальный кодекс Франции (перевод, предисловие и примечания). М., 1996 ; Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия.

⁹ Устав уголовного судопроизводства 1864 г. // URL: <http://constitution.garant.ru/history/act1600-1918/3137/>.

¹⁰ Официальный сайт Верховного Суда РФ. URL: www.suprcourt.ru ; Новая газета. № 87. 11 августа 2017 г. ; официальный сайт Верховного Суда Азербайджанской Республики. URL: www.supremecourt.gov.az.

¹¹ Официальный сайт Верховного Суда РФ.

¹² См.: проект федерального закона «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением института установления объективной истины по уголовному делу» // Сайт Следственного комитета РФ. URL: <http://www.sledcom.ru/discussions/?SID=3551>.

сторонников у этого законопроекта также оказалось немало¹³. В своих возражениях против таких предложений мы исходим из того, что закон требует обеспечения беспристрастности и независимости суда, и только одно это требование уже не позволяет перекладывать бремя доказывания «истины» на суд, поскольку его исключительная функция разрешения дела не позволяет суду заменять прокурора и следователя, а равно защитника, в поисках объективной истины. Объективность подхода к аргументам сторон и объективность вывода по итогам судебного разбирательства не равнозначны поиску объективной истины. Поиск аргументов и доказательств, представление их суду — это функции сторон. Если на кого и можно возложить ответственность за истинность установленных фактов и достоверность, достаточность доказательств, их подтверждающих, то только на сторону обвинения, следователя и государственного обвинителя, представляющего эту сторону. Современные правила уголовного процесса даже на эту сторону не возлагают подобных обязанностей, хотя бы потому, что практически такие возможности возникают в производстве далеко не по каждому уголовному делу. Кроме того, нельзя не принять во внимание, что по статистическим данным в уголовном судопроизводстве России, например, 60—70 % уголовных дел рассматривается в особом порядке, установленном гл. 40 УПК РФ, т.е. без проведения судебного следствия, без судебной проверки каждого доказательства, состязательного исследования доказанности обвинения и возможности его оспаривания, на основании лишь согласия подсудимого с предъявленным ему обвинением.

Доводы сторонников объективной истины как в Азербайджане, так и в России могут показаться привлекательными в своем целеполагании только на первый взгляд, но вряд ли можно бесспорно согласиться с теоретической аргументацией такого подхода, тем более спорными становятся все предложения по процессуально-правовому закреплению и регулированию таких идей в законодательстве. Следует напомнить, что многими западными и российскими дореволюционными юристами высказывалась и обосновывалась позиция о вероятностном характере юридического познания, в частности утверждений о фактических обстоятельствах дела и о вине лица в совершении преступления. Ряд видных российских процессуалистов того времени (И. В. Михайловский, Н. Н. Розин и др.), рассматривая этот вопрос через призму различия исторических типов процесса, приходили к выводу, что состязательная форма уголовного процесса несовместима с требованиями достижения материальной (объективной) истины, потому как последняя является проявлением принципа публичности и непременно приведет к инквизиционному уголовному процессу¹⁴.

Поскольку состязательность и истина обсуждались только в контексте исторической формы процесса, эти аргументы были убедительными. Поэтому не случайно дореволюционные авторы в большинстве своем выдвигали концепцию уголовно-судебной достоверности, судебной истины: «Надеяться вообще открыть всегда истину в уголовном процессе нельзя; все, чего можно достигнуть, — это так называемой уголовно-судебной достоверности»¹⁵; «Истина может быть познана до степени вероятности, а в определен-

¹³ См. материалы научной дискуссии в разделе «Дискуссионная трибуна» в журнале «Библиотека криминалиста. Научный журнал» (2012. № 4 (5). С. 5—288).

Из 30 авторов, принявших участие в этой дискуссии, мнения за и против обсуждаемого законопроекта разделились примерно поровну.

¹⁴ Михайловский И. В. Основные принципы организации уголовного суда : Уголовно-политическое исследование // ИТУ 1905. Кн. 25. Томск, 1905 ; Розин И. И. Суд и общественное мнение // Право. 1911. № 32 ; Уголовное судопроизводство : пособие к лекциям. Томск, 1913/1916 ; Устав уголовного судопроизводства за 50 лет // Журнал Министерства юстиции. 1914. № 9.

¹⁵ ¹⁶ Духовской М. В. Понятие клеветы как преступления против чести частных лиц по русскому праву (по изданию 1873 года). М. : Статут, 2004. 409 с.

ных условиях — до степени полной достоверности»¹⁶; «Уголовно-судебная достоверность — стечение вероятностей, вытекающих из представленных на суде доказательств»¹⁷.

Даже в советский период, когда теория доказывания строилась исключительно на методологии марксистско-ленинской теории познания, ряд авторов признавал неприменимость философских категорий абсолютной и относительной истины к истине, достигаемой в уголовном процессе¹⁸. В частности, даже М. С. Строгович, говоря о «материальной истине», признавал: «Одно дело — понятие истины, другое дело — понятие достоверности, которую мы в ней имеем, а она относительна, и мы ее обнаруживаем, когда имеется согласие между нашими мыслями и фактами физического или морального порядка, которые мы желаем познать»¹⁹. М. А. Чельцов считал, что полностью истина никогда не может быть достигнута: «Мы отвергаем безусловную достоверность наших знаний. Вместо нее можно говорить лишь о высокой степени вероятности. Обычно в делах судебных и удовлетворяются более высокой степенью вероятности»²⁰. Вторят им и современные российские ученые. С. А. Пашин считает, что «с помощью доказательств не устанавливается истина, а обосновываются определенные выводы...», и такой вывод разделяют другие авторы²¹.

Спорный вопрос о том, на каком из субъектов, ведущих процесс, должна лежать обязанность по отысканию истины, также аргументируется иногда формально-догматически. Например, среди азербайджанских процессуалистов есть мнение, что таким субъектом должен быть суд. Так, З. Н. Азимов считает, что требование полноты, всесторонности и объективности исследования доказательств, непосредственно вытекающее из принципов объективной истины, ставит суд в положение единственного органа, обязанного обеспечить полноту исследования материалов дела, а поскольку активные полномочия по исследованию принадлежат только суду, то такое положение вещей снимает ответственность со сторон по полному исследованию обстоятельств дела²². Мы полагаем, что подобное смещение акцента со сторон на суд и ожидание от суда активности, по сути, способно свести на нет главные достоинства состязательного процесса: строгое разграничение основных процессуальных функций, роль суда как арбитра, беспристрастно рассматривающего все аргументы каждой из сторон, если они имеют отношение к делу; вынесение решений на основании только тех обстоятельств и доказательств, которые были исследованы судом в ходе равноправного процессуального состязания сторон.

¹⁶ Фойницкий И. Я. На досуге : сборник юридических статей и исследований с 1870 г. (по изданию 1893 года). М. : Статут, 2005. Т. 2. 411 с.

¹⁷ Случевский В. К. О значении опытного, научного и философского знания в практике судьи (по изданию 1904 года). М. : Статут, 2003. 93 с.

¹⁸ См., к примеру: Ривлин А. А. Понятие материальной истины в советском уголовном процессе // Соц. законность. 1951. № 11.

¹⁹ Строгович М. С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. М., 1955. С. 96.

²⁰ Чельцов М. А. Уголовный процесс. М., 1948. С. 216.

²¹ Пашин С. А. Проблемы доказательственного права // Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования. М., 1995. С. 312, 322.

Аналогичное мнение высказывали и другие авторы. См., например: Григорьева Н. Принципы уголовного судопроизводства и доказательства // Российская юстиция. 1995. № 8. С. 40 ; Никитаев В. В. Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление // Состязательное правосудие : труды научно-практических лабораторий. М. : Международный комитет содействия правовой реформе, 1996.

²² Азимов З. Н. Роль суда по установлению объективной истины в уголовном судопроизводстве Азербайджанской Республики и Украины // URL: [http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/App/2009_37/app-37_Azimov_Z_N_\(229-235\).pdf](http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/App/2009_37/app-37_Azimov_Z_N_(229-235).pdf).

Следует отметить, что возвращение в современную научную дискуссию вопроса об «объективной истине», кроме указанного, ставит под сомнение еще и презумпцию невиновности, важнейшим элементом которой является, как известно, законодательное требование толкования неустранимых сомнений в пользу обвиняемого²³. Закрепление в законе категорического требования устанавливать объективную истину по каждому делу не даст ответа на возникающие практические вопросы правоприменения: можно ли принимать итоговое решение по делу, например выносить оправдательный приговор, если истина не установлена и доказательств для осуждения подсудимого недостаточно? Можно ли выносить обвинительный приговор, когда толкование неустранимых сомнений позволяет квалифицировать действия подсудимого по статье УК о менее тяжком преступлении, хотя все участники процесса осознают, что это не истинное знание и в реальности могло быть совершенно иное преступление, которое не удастся доказать с достижением истинного знания о нем?²⁴ Представляется, что такие вопросы теория не может игнорировать и все категорические предложения о достижении истины как цели доказывания не могут быть успешно реализованы в практике в силу объективных особенностей природы уголовно-процессуального познания.

Категоричность в признании на законодательном уровне требований установления объективной истины в современном уголовном судопроизводстве искажает соотношение принципов состязательности и объективной истины как требования установления обстоятельств дела в точном соответствии их действительности. Представляется, что понимание состязательности с учетом полного объема содержания этого процессуального принципа, который выявлен в современном национальном и международном праве, а также практике Европейского Суда по правам человека, решениях национальных конституционных судов России и Азербайджана свидетельствует, что последовательное соблю-

дение всех элементов данного принципа вполне способно обеспечить необходимый уровень всесторонности и полноты исследования обстоятельств дела, что, в свою очередь, становится залогом правильности познания и возможного установления истины.

Особое значение в этой связи приобретает требование ряда статей УПК АР, устанавливающих требование объективности: если властные органы, действующие на стороне обвинения, будут проявлять объективность в процессе доказывания, они не станут безмотивно отклонять ходатайства защиты, игнорировать заявления обвиняемого о невиновности или о том, что события развивались иначе, чем думает следователь. Объективность для суда синоним его беспристрастности: суд обязан не только быть по внутреннему убеждению беспристрастным, но и демонстрировать всеми своими действиями, мотивировкой своих решений, что он услышал аргументы обеих сторон, исследовал всё относящееся к делу и принял решение, единственно возможное в данном деле, которое не вызывает разумных сомнений. Отстраненность суда от самостоятельного, по собственной инициативе, поиска истины по делу и одновременно обязанность суда исследовать всё относящееся к делу, о чем просят стороны, создает именно те условия, которые позволяют избежать судебной ошибки. Стремление суда принимать решения, опираясь не на собственное внутреннее убеждение, а на фиксирование в приговоре того результата познания, который «вне разумных сомнений» принимают и стороны, и все, кто в последующем будет знакомиться с приговором суда, может быть обеспечено только в состязательном уголовном судопроизводстве. И только такое судопроизводство может стать реальной гарантией того, что суд сможет устанавливать истину всякий раз, когда это объективно позволяют обстоятельства дела и когда это обеспечивается высоким профессионализмом процессуальных действий сторон. Если же объективные условия расследования и рассмотрения дела вынуждают

²³ Алиева С., Алиев Н. Объективная истина вместо презумпции невиновности? // URL: www.echo.az.

²⁴ См. об этом: Воскобитова Л. А. Некоторые особенности познания в уголовном судопроизводстве, противоречащие мифу об истине // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 4 (5). С. 62.

суд принимать решение при наличии сомнений, не сумев установить истину, это решение будет максимально учитывать все аргументы, высказанные сторонами, и в этом смысле оно будет законным, обоснованным, вынесенным в условиях обеспечения права человека на справедливое судебное разбирательство.

Все это позволяет сделать вывод о том, что современные требования, предъявляемые к уголовному судопроизводству, не противопоставляют принцип состязательности и принцип истины, а требуют их разумного соотношения и сочетания. Без этого невозможно обеспечить право человека на справедливое судебное разбирательство. В национальном процессуальном законодательстве такой подход представляется наиболее приемлемым. Теоретическое противопоставление состязательности и установления истины может в конечном итоге воспрепятствовать обеспечению права человека на справедливое судебное разбирательство, что, в свою очередь, становится серьезной угрозой для правильного познания и обоснованного разрешения дела.

В процессуальной науке до сих пор не предложен единый, объективный и бесспорный критерий истинности полученного знания, а критерии, используемые в других науках, далеко не всегда могут применяться в уголовно-процессуальной деятельности. Например, здесь не работает такой критерий, как экспериментальная проверка полученного результата. Практика как критерий истины тоже малоэффективный критерий уже в силу того, что каждое уголовное дело индивидуально по своим фактическим обстоятельствам и условиям их познания: накопленный опыт не может быть бесспорным критерием правильности познания особенного и индивидуального. Поэтому следует более внимательно отнестись к тому, что проблема соотношения состязательности

и истины в уголовном судопроизводстве стран, где исторически сложился состязательный тип процесса, решена процессуальной теорией иначе. Вместо погони за эфемерной объективной истиной, предложен ясный и прагматичный принцип оценки совокупности доказательств по стандарту «вне разумных сомнений». Положенный в основу доказывания в англосаксонском состязательном процессе принцип «вне разумного сомнения» делает ненужным требование установления объективной истины, заменив ее критерием максимально разумной доказанности. На выходе такой процесс доказывания устремлен к получению и фиксации в судебном акте такого знания, которое практически не вызывает сомнения ни у участников процесса, ни у стороннего наблюдателя. Это позволяет считать это знание правильным в момент принятия решения, и поэтому юридическая процедура приравнивает его к истине.

Такой подход становится честным и по отношению к будущему конкретного дела: если впоследствии будут установлены какие-либо новые обстоятельства, дело может быть пересмотрено и приговор может быть уточнен или отменен без ущерба для идеала «объективной истины», которая просто обязана оставаться неизменной. Исправление такой судебной ошибки позволяет защитить и суд от упреков в вынесении первоначального приговора стороны и суд сделали все, что было возможно в тех условиях. Поэтому к моменту вынесения этот приговор был действительным и воспринимался всеми как утверждение «вне разумных сомнений». Такой подход, по нашему мнению, в большей мере соответствует природе процессуального познания и в большей мере позволяет органически сочетать, а не противопоставлять стремление к истине и состязательность в современном уголовном судопроизводстве.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Азимов З. Н.* Роль суда по установлению объективной истины в уголовном судопроизводстве Азербайджанской Республики и Украины // URL: [http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/App/2009_37/app-37_Azimov_Z_N_\(229—235\).pdf](http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/App/2009_37/app-37_Azimov_Z_N_(229—235).pdf).
2. *Алиева С., Алиев Н.* Объективная истина вместо презумпции невиновности? // URL: www.echo.az.
3. *Артамонова Е. А.* Установление объективной истины в уголовном судопроизводстве как насущная необходимость // Вестник Забайкальского государственного университета. — 2009. — № 5.
4. *Баев О. Я.* Под флером объективной истины (о законопроекте «Об объективной истине в уголовном судопроизводстве») // Вестник Воронежского государственного университета. Серия : Право. — 2012. — № 2 (13). — С. 394—410.
5. *Бастрыкин А. И.* Вернуть в уголовный процесс институт истины // Российская газета. — 2013. — № 5731.
6. *Воскобитова Л. А.* Некоторые особенности познания в уголовном судопроизводстве, противоречащие мифу об истине // Библиотека криминалиста. Научный журнал. — 2012. — № 4 (5). — С. 62.
7. *Воскресенский Ф. А.* Принцип материальной истины и философия прагматизма в американском уголовном судопроизводстве // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2018. — С. 171—178.
8. *Головко Л. В.* Уголовно-процессуальный кодекс Франции (перевод, предисловие и примечания). — М., 1996.
9. *Карякин Е. А.* Реализация принципа состязательности в уголовном судопроизводстве (вопросы теории и практики) : монография. — Оренбург : ГОУ ОГУ, 2005. — 98 с.
10. *Кириллова Н. П.* Санкт-Петербургская уголовно-процессуальная школа и проблемы установления истины в суде. — СПб., 2015. — С. 35—42.
11. *Корнакова С. В.* Об установлении истины в уголовном судопроизводстве России в свете принципа состязательности уголовного процесса // Юридическая наука и правоохранительная практика. — 2010. — № 1 (11). — С. 73—75.
12. Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головко. — М., 2016. — 1280 с.
13. *Кухта А. А.* Доказывание истины в уголовном процессе : дис. ... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2010. — 660 с.
14. *Лазарева В. А.* Доказывание в уголовном процессе. — М. : Юрайт, 2010.
15. *Михайловский И. В.* Основные принципы организации уголовного суда : Уголовно- политическое исследование // ИТУ. 1905. — Кн. 25. — Томск, 1905.
16. *Никитаев В. В.* Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление // Состязательное правосудие : труды научно-практических лабораторий. — М. : Международный комитет содействия правовой реформе, 1996.
17. *Пашин С. А.* Проблемы доказательственного права // Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования. — М., 1995. — С. 312—322.
18. *Петрова О. В.* Объективная истина и гарантия ее установления в уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук. — Воронеж, 2000. — 220 с.
19. *Печников Г. А.* Диалектические проблемы истины в уголовном процессе : дис. ... д-ра юридических наук. — Волгоград, 2005. — 462 с.
20. *Розин И. И.* Суд и общественное мнение // Право. — 1911. — № 32.
21. *Свиридов М. К.* Задача установления истины и средства ее достижения в уголовном процессе // Вестник Томского государственного университета. Право. — 2013. — № 2 (8). — С. 101—106.
22. *Середнев В. А.* О ценности «артефактной» истины в уголовном процессе (философский аспект) // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. — 2016. — № 3. — С. 171—178.
23. *Случевский В. К.* О значении опытного, научного и философского знания в практике судьи (по изданию 1904 года). — М. : Статут, 2003. — 93 с.

24. Смирнов А. В. Состязательный процесс. — СПб. : Альфа, 2001.
25. Смирнов Г. К. Восстановление в УПК РФ объективной истины как цели доказывания // Уголовный процесс. — 2012. — № 4 (88). — С. 10—17.
26. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. — М., 1968. — Т. 1. — С. 131—132.
27. Строгович М. С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. — М., 1955.
28. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / отв. ред. П. А. Лупинская, Л. А. Воскобитова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма: Инфа-М, 2018. — 1008 с.
29. Уголовное судопроизводство : пособие к лекциям. — Томск, 1913/1916.
30. Устав уголовного судопроизводства за 50 лет // Журнал Министерства юстиции. — 1914. — № 9.
31. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. — СПб. : Альфа, 1996. — Т. 1.
32. Шадрин В. С. Истина в современном российском уголовном судопроизводстве // Вестник Самарского государственного университета. — 2014. — № 11 (128). — С. 36—41.
33. Юй Ишэн. Юридическая истина в определении сущности предмета доказывания // Lex Russica. — 2014. — № 1. — С. 58—66.
34. Якимова Е. З. Проблемы установления истины в уголовном судопроизводстве // Научно-методический электронный журнал «Концепт». — 2017. — Т. 2. — С. 135—139.
35. Якимович Ю. К. Установление объективной истины как средства достижения цели и решения задач уголовного судопроизводства // Вестник Омского университета. Серия : Право. — 2013. — № 4 (37). — С. 136—143.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2018 г.

ADVERSARIAL PRINCIPLE AND CONCEPT OF TRUTH IN CRIMINAL PROCEEDINGS OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN

ATAKISHI Abbas Musa-oglu, Senior Lecturer of the Department of Criminal Procedure of the Baku State University, Lawyer
abbas@azeurotel.com
AZ-1073/1, Azerbaijan Republic, Baku, ul. Akademika Zahid Khalilova, d. 23

Abstract. *The paper provides the author's approach to understanding the issues of adversarial system and truth, evidence and proof in criminal proceedings, the main approaches to the issue of truth in the criminal procedure legislation of the Azerbaijan Republic and the Russian Federation. Adversarial nature of judicial proceedings is assessed as an effective mechanism for ensuring equal participation of the parties in establishment of evidence, as manifestation of the essence of the modern criminal procedure. The author analyzes the problems of the relationship of objective truth and the adversarial nature of the criminal procedure, correlation between adversarial system, equality of the parties and the establishment of objective truth in a criminal case.*

The paper justifies the conclusion that if at the time of the initial verdict, the parties and the court did everything that was possible under those conditions, then by the time the sentence was pronounced, it was actual and was perceived by everyone as a statement "beyond reasonable doubt". This approach is more consistent with the nature of procedural knowledge and makes it possible to organically combine, rather than oppose, the pursuit of truth and adversarial nature in modern criminal proceedings.

Keywords: *criminal procedure, criminal proceedings, adversarial system, truth, establishment of evidence, proof, objective truth, beyond reasonable doubt.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Azimov Z. N.* Rol' suda po ustanovleniyu ob"ektivnoy istiny v ugovnom sudoproizvodstve Azerbaydzhanskoj Respubliki i Ukrainy // URL: [http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/App/2009_37/app-37_Azimov_Z_N_\(229—235\).pdf](http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/App/2009_37/app-37_Azimov_Z_N_(229—235).pdf).
2. *Alieva S., Aliev N.* Ob"ektivnaya istina vmesto prezumpcii nevinovnosti? // URL: www.echo.az.
3. *Artamonova E. A.* Ustanovlenie ob"ektivnoy istiny v ugovnom sudoproizvodstve kak nasushchnaya neobkhodimost' // Vestnik Zabaykal'skogo gosudarstvennogo universiteta. — 2009. — № 5.
4. *Baev O. Ya.* Pod flerom ob"ektivnoy istiny (o zakonoproekte «Ob ob"ektivnoy istine v ugovnom sudoproizvodstve») // Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya : Pravo. — 2012. — № 2 (13). — S. 394—410.
5. *Bastrykin A. I.* Vernut' v ugovniy protsess institut istiny // Rossiyskaya gazeta. — 2013. — № 5731.
6. *Voskobitova L. A.* Nekotorye osobennosti poznaniya v ugovnom sudoproizvodstve, protivorechashchie mifu ob istine // Biblioteka kriminalista. Nauchnyy zhurnal. — 2012. — № 4 (5). — S. 62.
7. *Voskresenskiy F. A.* Printsip material'noy istiny i filosofiya pragmatizma v amerikanskom ugovnom sudoproizvodstve // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya. — 2018. — S. 171—178.
8. *Golovko L. V.* Ugolovno-protsessual'nyy kodeks Frantsii (perevod, predislovie i primechaniya). — M., 1996.
9. *Karyakin E. A.* Realizatsiya printsipa sostyazatel'nosti v ugovnom sudoproizvodstve (voprosy teorii i praktiki) : monografiya. — Orenburg : GOU OGU, 2005. — 98 s.
10. *Kirillova N. P.* Sankt-Peterburgskaya ugolovno-protsessual'naya shkola i problemy ustanovleniya istiny v sude. — SPb., 2015. — S. 35—42.
11. *Kornakova S. V.* Ob ustanovlenii istiny v ugovnom sudoproizvodstve Rossii v svete printsipa sostyazatel'nosti ugolovnogo protsessa // Yuridicheskaya nauka i pravookhranitel'naya praktika. — 2010. — № 1 (11). — S. 73—75.
12. Kurs ugolovnogo protsessa / pod red. L. V. Golovko. — M., 2016. — 1280 s.
13. *Kukhta A. A.* Dokazyvanie istiny v ugovnom protsesse : dis. ... d-ra yurid. nauk. — N. Novgorod, 2010. — 660 s.
14. *Lazareva V. A.* Dokazyvanie v ugovnom protsesse. — M. : Yurayt, 2010.
15. *Mikhaylovskiy I. V.* Osnovnye printsipy organizatsii ugolovnogo suda : Ugolovno- politicheskoe issledovanie // ITU. 1905. — Kn. 25. — Tomsk, 1905.
16. *Nikitaev V. V.* Problemnye situatsii ugolovnogo protsessa i yuridicheskoe myshlenie // Sostyazatel'noe pravosudie : trudy nauchno-prakticheskikh laboratoriy. — M. : Mezhdunarodnyy komitet sodeystviya pravovoy reforme, 1996.
17. *Pashin S. A.* Problemy dokazatel'stvennogo prava // Sudebnaya reforma: yuridicheskii professionalizm i problemy yuridicheskogo obrazovaniya. — M., 1995. — S. 312—322.
18. *Petrova O. V.* Ob"ektivnaya istina i garantiya ee ustanovleniya v ugovnom protsesse : dis. ... kand. yurid. nauk. — Voronezh, 2000. — 220 s.
19. *Pechnikov G. A.* Dialekticheskie problemy istiny v ugovnom protsesse : dis. ... d-ra yuridicheskikh nauk. — Volgograd, 2005. — 462 s.
20. *Rozin I. I.* Sud i obshchestvennoe mnenie // Pravo. — 1911. — № 32.
21. *Sviridov M. K.* Zadacha ustanovleniya istiny i sredstva ee dostizheniya v ugovnom protsesse // Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo. — 2013. — № 2 (8). — S. 101—106.
22. *Serednev V. A.* O tsennosti «artefaktnoy» istiny v ugovnom protsesse (filosofskiy aspekt) // Vestnik Nizhegorodskogo universiteta im. N. I. Lobachevskogo. — 2016. — № 3. — S. 171—178.
23. *Sluchevskiy V. K.* O znachenii opytnogo, nauchnogo i filosofskogo znaniya v praktike sud'i (po izdaniyu 1904 goda). — M. : Statut, 2003. — 93 s.
24. *Smirnov A. V.* Sostyazatel'nyy protsess. — SPb. : Al'fa, 2001.

25. Smirnov G. K. Vosstanovlenie v UPK RF ob"ektivnoy istiny kak tseli dokazyvaniya // Uголовный процесс. — 2012. — № 4 (88). — С. 10—17.
26. Strogovich M. S. Kurs sovetskogo uголовного protsessа. — М., 1968. — Т. 1. — С. 131—132.
27. Strogovich M. S. Material'naya istina i sudebnye dokazatel'stva v sovetskom uголовном protsesse. — М., 1955.
28. Uголовно-protsessual'noe pravo Rossiyskoy Federatsii : uchebник / otv. red. P. A. Lupinskaya, L. A. Voskobitova. — 3-e izd., pererab. i dop. — М. : Norma: Infa-M, 2018. — 1008 s.
29. Uголовное судопроизводство : posobie k lektsiyam. — Tomsk, 1913/1916.
30. Uстав uголовного судопроизводства за 50 let // Zhurnal Ministerstva yustitsii. — 1914. — № 9.
31. Foynitskiy I. Ya. Kurs uголовного судопроизводства. — SPb. : Al'fa, 1996. — Т. 1.
32. Shadrin V. S. Istina v sovremennom rossiyskom uголовном судопроизводстве // Vestnik Samarskogo gosudarstvennogo universiteta. — 2014. — № 11 (128). — С. 36—41.
33. Yuy Ishen. Yuridicheskaya istina v opredelenii sushchnosti predmeta dokazyvaniya // Lex Russica. — 2014. — № 1. — С. 58—66.
34. Yakimova E. Z. Problemy ustanovleniya istiny v uголовном судопроизводстве // Nauchno-metodicheskiy elektronniy zhurnal «Kontsept». — 2017. — Т. 2. — С. 135—139.
35. Yakimovich Yu. K. Ustanovlenie ob"ektivnoy istiny kak sredstva dostizheniya tseli i resheniya zadach uголовного судопроизводства // Vestnik Omskogo universiteta. Seriya : Pravo. — 2013. — № 4 (37). — С. 136—143.

Экономико-правовые особенности и последствия выхода Великобритании из Европейского Союза

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы и правовые аспекты построения взаимоотношений между Европейским Союзом и Великобританией. Сложившаяся сегодня непростая ситуация между Европейским Союзом и Британией не может оставаться незамеченной. 19 июня 2018 г. в Брюсселе начались переговоры о выходе Великобритании из состава Евросоюза. Данный процесс получил название Брекзит (Brexit).

До реформирования ЕС Лиссабонским договором возможность выхода из организации не оговаривалась. Однако известно несколько случаев, когда из ЕС выходили территории (которые меняли свой политико-административный статус в составе страны — участницы организации). Например, в 1985 г. ЕЭС (Европейское экономическое сообщество, предшественник ЕС) покинула Гренландия, получившая в 1979 г. права автономии в составе Дании.

В 2007 г. из объединения вышел остров в Карибском море Сен-Бартельми, который сначала находился в составе заморского департамента Франции Гваделупа, а потом отделился от него и получил статус заморского сообщества (особая территориальная единица Франции). Каждый раз процесс выхода оговаривался отдельно. В настоящее время Гренландия и Сен-Бартельми числятся в списке Особых территорий государств — членов Европейского Союза (всего свыше 20 территорий).

Ключевые слова: Европейский Союз, Великобритания, международные организации, международное право, полноценное участие, государства-члены, выход из состава, право на выход из Европейского Союза.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.196-203

© Молчанов Н. А., Трубачева К. И., 2019

* Молчанов Николай Андреевич, доктор военных наук, профессор, профессор кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

nnn999mmm@rambler.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

** Трубачева Кристина Игоревна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

krista_@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Принятый в 2007 г. Лиссабонский договор впервые официально закрепил право государств на свободный выход из состава Европейского Союза. Так, ст. 50 Договора о Европейском Союзе в редакции Лиссабонского договора гласит: «Любое государство-член может принять решение о выходе из Союза в соответствии со своими конституционными требованиями». Первопроходцем в столь значимом процессе стала Великобритания, которая формально выходит из состава Европейского Союза в марте 2019 г. Стоит напомнить, что хотя Британия и не была одной из стран — основательниц Европейского Союза, в определенный момент исторического развития она стала лидером, поддерживающим идеи политического, экономического, культурного объединения стран Европы в единую интеграционную организацию.

Необходимо отметить, что ст. 50 Договора о Европейском Союзе содержит лишь очень общие положения. Закрепляется, что каждое суверенное государство — член ЕС имеет право самостоятельно принять решение о выходе из состава Европейского Союза, основываясь в своих действиях на национальном законодательстве. После принятия такого решения внутри государства оно обязано уведомить о нем высший политический институт Европейского Союза — Европейский совет, состоящий из глав государств и правительств стран-членов (в настоящее время 28, включая Великобританию). Далее, действуя в зависимости от рекомендаций Европейского Совета, Европейский Союз начинает вести диалог с государством, высказавшим желание выйти из состава ЕС. Такой диалог имеет своей целью, во-первых, заключение соглашения о прекращении членства, во-вторых, заключение последующих двухсторонних соглашений.

Со стороны ЕС переговоры будет курировать бывший еврокомиссар француз Мишель Барнье, а со стороны Великобритании — министр по выходу Великобритании из Европейского Союза Дэвид Дэвис.

Планируется, что переговоры пройдут в два этапа: сначала будут урегулированы вопросы, связанные с выходом Великобритании, затем — вопросы будущих отношений. Первый раунд,

который начинается 19 июня, продлится четыре недели. В числе основных вопросов — выплаты, которые Евросоюз намерен получить от Лондона в качестве компенсации за Брекзит. В частности, в них будут включены британские взносы в организацию до 2019 г., когда должен завершиться процесс переговоров и страна покинет ЕС. Также ЕС может потребовать долю, приходящуюся на Великобританию, в долгосрочных проектах (некоторые завершатся не ранее 2023 г.) и другие платежи.

В 2018 г. между Европейским Союзом и Великобританией достигнуты договоренности по условиям выхода страны из Евросоюза. Так, например, удалось достичь согласия по вопросам прав граждан, финансовых соглашений, участие страны в программе «Евроатом».

Запланировано, что переходный период продлится 21 месяц с момента формального прекращения членства Великобритании в ЕС. В это время на территории страны продолжат действие восемь общеевропейских законодательных актов — о таможенном режиме, независимой торговой политике, иммиграционной политике, аграрных вопросах и рыболовстве, обеспечении ядерной безопасности и введении международных санкций. Также пролонгируется уплата взносов в объединенный бюджет Евросоюза. Подразумевается, что остается невозможность оспаривания квот на рыбный промысел и свободное перемещение граждан. Стоит отметить, что на этот период формы таможенных соглашений между Великобританией и ЕС не определены, что может негативно повлиять на развитие дальнейших торговых отношений между страной и Европейским Союзом уже после окончания переходного периода.

В ходе переговорного процесса государство должно соблюдать все нормативные акты ЕС. Представители выходящего государства в Европейском совете и Совете ЕС (законодательный орган, куда входят профильные министры стран-членов) не участвуют в обсуждении и принятии относящихся к нему решений.

Действующее британское правительство предполагает, что с 2021 г. (после переходного периода) страна выйдет из общеевропейского рынка и таможенного союза. При этом планиру-

ется начать обсуждение со странами ЕС условий соглашений о свободной торговле.

Несмотря на возможные негативные последствия для экономики Великобритании после выхода из ЕС, финансово-экономическое положение страны останется стабильным. По данным национальной статистики, ежегодный реальный прирост ВВП до 2022 г. предполагается на уровне 1,67 %. Отток квалифицированной рабочей силы из стран ЕС (более 51 тыс. чел.), занятой на предприятиях Великобритании, станет фактором снижения безработицы в стране. Ее уровень до конца переходного периода прогнозируется не выше 4,1 % (в настоящее время 4,2—4,4 %), а к 2022 г. может сократиться до 3,9 %. Дефицит государственного бюджета также может сократиться с 1,9 % от ВВП в 2017 г. до 1 % в 2022 г. Среднее значение инфляции в переходный период не превысит 2 %¹.

Примечательно, что одним из условий присоединения Великобритании к Евросоюзу в свое время было сохранение национальной валюты — фунта стерлингов (Британия не вошла в зону евро)². По прогнозам британского казначейства, несмотря на достаточно высокую волатильность фунта на фоне неопределенности с дальнейшим развитием экономической ситуации в стране, в 2018—2019 гг. среднегодовой курс евро к фунту стерлингов составит 1,14 (в 2016 г. — 1,22). К 2020 г. ожидается дальнейшее ослабление курса. Укрепление национальной валюты ожидается с 2021—2022 гг. А к 2022 г. курс фунта по отношению к доллару США составит 1,42 долл.

Ожидается, что Великобритания не будет иметь препятствий при заключении соглашений о свободной торговле со странами Европейского Союза. Утверждения основываются на том, что из-за дефицита торгового баланса со странами ЕС последние могут потерять значительные средства в случае создания каких-либо искусственных барьеров. В то же время Великобритания будет освобождена от бремени нор-

мативных актов ЕС, соблюдение которых было обязательным условием торговли на общем рынке. Считается, что выход из ЕС открывает возможности по резкому увеличению торгового оборота со странами, не входящими в ЕС, в связи с тем что страна сможет игнорировать европейские торговые пошлины и соглашения.

При этом важно понимать, что присутствие Великобритании на неевропейских рынках в большинстве случаев обеспечивалось членством страны в ЕС. При выходе из состава Европейского Союза самостоятельное ведение переговоров и заключение сделок с торговыми партнерами вне ЕС будет значительно осложнено.

После выхода из ЕС у Великобритании есть несколько способов организации взаимной торговли, в том числе:

- стать членом Европейской экономической зоны (ЕЭЗ), как Норвегия;
- вступить в таможенный союз (данные отношения существуют между ЕС и Турцией);
- подписать двусторонние соглашения с каждой из стран ЕС (по примеру Швейцарии);
- заключить договор о торговле по упрощенной схеме, который используется странами ЕС с большинством стран мира;
- использовать правила торговли ВТО.

Ни один из этих способов не рассматривается в качестве приоритетного.

Например, при вступлении Великобритании в Европейскую экономическую зону компании страны будут иметь беспрепятственный доступ на европейский рынок и смогут продолжать торгово-экономические отношения с другими странами под эгидой ЕС. Однако страна будет вынуждена принять все условия членства в ЕЭЗ и подчиняться всем изменениям в нормативно-правовой базе торговых отношений. Более того, при планировании изменений в законодательной базе торговых отношений в рамках ЕЭЗ Великобритания будет вынуждена ждать решения стран, входящих в Евросоюз. Членство в ЕЭЗ предполагает также достаточно большие

¹ Здесь и далее статистика приводится по: Country Forecast United Kingdom, The Economist Intelligence Unit, June 2018 ; Country Report United Kingdom, European Commission, 2018 ; National Grid, 2018.

² См.: *Ситник А. А.* Регулирование денежного обращения в Великобритании // Lex Russica. 2017. № 2. С. 166—183.

административные расходы, связанные с регулированием таможенных пошлин.

Выход Великобритании из ЕС не должен отразиться на обеспеченности страны энергоресурсами. В рамках энергетической политики руководство страны реализует комплекс мероприятий по диверсификации источников поставок энергоресурсов, развитию инфраструктуры возобновляемых источников энергии, а также снижению общей доли углеводородного сырья в выработке тепло- и электроэнергии.

По состоянию на 2018 г. достоверные запасы нефти Великобритании оцениваются в объеме 2,4 млрд т (35 % запасов нефти континентального шельфа Северного моря), природного газа — 1,2 трлн куб. м. На территории страны находятся 52 нефтяных и 61 газовое месторождение. В стране функционирует сложная система распределения, при которой часть добытого сырья идет на экспорт, а собственные потребности (61,6 млн т) по большей части покрываются за счет импорта. При этом импорт нефти существенно превышает добычу (53,4 млн т против 39,7 млн т соответственно). Производство нефтепродуктов в среднем составляет 60,3 млн т, а потребление — 67,2 млн т. Основными экспортными нефтяными продуктами в Великобританию являются Норвегия (более 36 %), Алжир (10 %) и Нигерия (10 %). Нефтепродукты — Нидерланды (19 %), Российская Федерация (более 13 %) и Швеция (около 10 %). Потребности в угле обеспечиваются импортными поставками из Российской Федерации (42 %), США (26 %) и Колумбии (23 %). Доля собственной добычи угля в потреблении не превышает 30 %.

Великобритания обеспечивает свои потребности в природном газе только наполовину. С 2011 г. отмечается резкое снижение добычи газа на собственных месторождениях, что привело к усилению зависимости экономики Великобритании от импорта данного вида сырья. С целью компенсации падения добычи газа и обеспечения снабжения Великобритания расширила его закупки за границей на основе долгосрочных контрактов с различными поставщиками. Природный газ в страну традиционно поступает из Норвегии, Катара и Нидерландов. В среднесрочной перспективе (до 2022 г.) при-

родный газ будет оставаться в Великобритании основным источником производства тепловой и электроэнергии. После решения о выходе Великобритании из ЕС отмечалось значительное наращивание объемов поставок газа из Норвегии до показателя 35,9 млрд куб. м (по сравнению с 31,7 млрд куб. м в 2016 г.), что составило 75,3 % от общего объема импорта Великобритании. При этом перспектива дальнейшего повышения объемов импорта сырья из Норвегии зависит только от уровня добычи газа на территории страны.

Пропускная способность трубопроводной системы для поставок газа из Норвегии в Великобританию составляет 161,3 млн куб. м в сутки (58,9 млрд куб. м в год). В частности, для этого используются трубопроводы «Лангелед» (с пропускной способностью 72 млн куб. м в сут.), «Вестерлед» (36 млн куб. м в сут.) и «Эф-Эл-Эй-Джи-Эс» (42 млн куб. м в сут.), что позволяет обеспечить поставку необходимых объемов топлива.

В случае пересмотра действующих контрактов со странами — членами ЕС по поставкам газа страна в состоянии обеспечить себя данным типом энергоносителя, в том числе путем закупки сжиженного природного газа (СПГ) у США и Катара. Так, общая мощность терминалов СПГ составляет 49 млрд куб. м в год. В настоящее время более половины пропускной способности инфраструктуры СПГ Великобритании не задействовано.

Поставки необходимого количества нефтепродуктов также могут быть организованы без участия стран ЕС путем перераспределения основных поставщиков (РФ и Швеция). Страна обеспечена инвентарными запасами нефтепродуктов (на 26 суток), которые будут задействованы при возникновении форс-мажорных обстоятельств.

В период членства Великобритании в Европейском Союзе особое внимание уделялось развитию интеграционных процессов, связанных с необходимостью укрепления не только экономического, но и военно-политического и военно-технического сотрудничества на региональном уровне с целью формирования единого военно-промышленного комплекса. Важной формой кооперации являются совмест-

ные программы разработки и производства вооружения и военной техники (ВВТ). Великобритания наиболее активно участвует минимум в трех крупных совместных программах в рамках ЕС: производство многоцелевого истребителя «Тайфун», военно-транспортного самолета А-400М, УР класса «воздух — воздух» «Метеор». Деятельность стран — участниц региональных программ регламентируется нормативно-правовой базой, единой для всех стран ЕС. Наиболее важную роль в регулировании вопросов по военно-техническому сотрудничеству между странами ЕС являются:

- Директива 2009/81/ЕС об особенностях приобретения продукции военного назначения;
- Директива 2009/43/ЕС об упрощении условий и сокращении сроков реализации соглашений на приобретение ВВТ внутри ЕС.

Задача первой Директивы состоит в ограничении применения странами ст. 346 Лиссабонского договора, позволяющей избегать (игнорировать) общие правила осуществления экспорта и торговли ВВТ внутри ЕС, а также в устранении перекосов на европейском рынке торговли ВВТ, в повышении открытости, прозрачности и конкурентоспособности.

Задача второй Директивы заключается в упрощении процедур перемещения товаров военного назначения, создании благоприятных условий для торгово-промышленной деятельности внутри европейского рынка ВВТ, повышении уровня кооперации и конкурентоспособности на международном рынке вооружений.

Однако однородная беспопытная зона, созданная в пределах территории ЕС, не распространяется на европейский рынок ВВТ и военную промышленность. Эта область фактически исключена из интеграционного процесса внутри ЕС. Условия освобождения отдельных стран ЕС от обязательств прописаны в ст. 346 Лиссабонского договора, согласно которой государства-участники могут принять меры, которые они считают необходимыми для защиты национальных интересов в сфере производства и торговли ВВТ. Поэтому каждая страна ЕС для защиты своего рынка ВВТ вводила национальные нормативные документы в области торговли вооружением. В связи с этим выход Велико-

британии из состава ЕС и, как следствие, отмена на территории страны нормативно-правовой базы ЕС не приведут к особым осложнениям в сфере военно-технического сотрудничества, так как фактически каждая страна и раньше действовала согласно национальной правовой базе. При выходе Великобритании из таможенного союза могут возникнуть сложности со сроками поставок комплектующих, узлов и агрегатов (либо готовой продукции), так как разработка и внедрение новых таможенных правил, документации и т.д. в рамках новых таможенных соглашений с ЕС потребует дополнительного времени и приведет к удорожанию продукции.

Соединенное Королевство как государство с развитой экономикой и значительным политическим весом в мире представляет для ЕС как объединения большой интерес по многим параметрам: значительное положительное сальдо внешней торговли ЕС с Великобританией, второй по величине чистый взнос в общеевропейский бюджет, влияние в международных организациях, опыт глобальной политики, накопленный в ЕС объем британских активов, а также ресурсы Лондонского финансового центра.

В частности, положительное сальдо внешней торговли ЕС с Великобританией в 2017 г. оценивалось в более чем 68 млрд фунтов стерлингов. На Евросоюз приходится самая большая доля британских зарубежных активов — 40 % (около 5 трлн фунтов стерлингов в 2017 г.). То есть почти половина всех зарубежных активов Великобритании инвестированы в экономику Европы.

Очень важен и тот факт, что Великобритания выступала чистым донором Евросоюза: в бюджете ЕС на фискальный период 2007—2013 гг. размер британского нетто-взноса составил 57 млрд евро (является вторым по величине после Германии). В целом в период с 1973 по 2017 г. валовые взносы Британии в европейский бюджет составили 339 млрд фунтов стерлингов, в том числе чистый взнос — 127 млрд фунтов стерлингов. Следует подчеркнуть, что объем общего бюджета ЕС незначителен — менее 1 % ВВП стран-членов: на весь фискальный период 2014—2020 гг. — около 1 трлн евро (145 млрд евро в год). Чистый взнос Великобритании в бюджет ЕС в указанный период со-

ставил от 8 до 10 млрд фунтов стерлингов в год (в 2013 г. — 10,4 млрд, в 2014 г. — 9,7 млрд, в 2015 г. — 8,4 млрд). Данные факты свидетельствуют о том, что ЕС находится в существенной финансовой зависимости от британских финансовых средств.

Великобритания является крупнейшим финансовым центром Европы. Ее доля в различных сегментах европейского финансового рынка составляет: внебиржевая торговля деривативами — 70 %, активы хедж-фондов — 85 %, банковские активы — 25 %, страхование морских перевозок — 51 %. Кроме того, Лондон — глобальный центр валютной торговли с долей в 43 % от ее мирового объема в 2017 г.

Таким образом, последствия выхода Великобритании из ЕС могут оказать большое влияние на экономику Евросоюза в целом. При этом к основным негативным явлениям следует отнести:

- уменьшение экономического веса Евросоюза в мире (например, частичная утрата переговорных позиций ЕС, которые нередко обеспечивали ему неявные преференции в рамках торговых соглашений с более слабыми партнерами);
- потеря значительной части поступлений в общий бюджет Евросоюза (поскольку Великобритания является нетто-плательщиком);
- издержки по реорганизации административно-управленческих структур ЕС;
- территориальные сдвиги в хозяйственной деятельности компаний на территории ЕС и Великобритании, обусловленные установлением новой экономической границы в Европе;
- оказание негативного влияния на государства — члены ЕС, особенно в сфере научно-технического сотрудничества, после исключения Великобритании из наднациональных программ Евросоюза;
- изменения в сфере миграции трудовых ресурсов (бесконтрольное перемещение мигрантов по территории ЕС было одной из основных причин поддержки британским населением выхода из Евросоюза).

Таким образом, в течение переходного периода до конца 2021 г. финансово-экономическое положение Великобритании будет оставаться

сложным, но достаточно стабильным. Прогнозируемый реальный прирост ВВП будет ниже аналогичных показателей до 2016 г., уровень безработицы существенно не изменится, тогда как дефицит государственного бюджета сократится.

В связи с отсутствием необходимости перехода на национальную валюту государство сумеет избежать значительных расходов. Курс фунта стерлингов по отношению к доллару и евро может колебаться в связи с неопределенностью в выборе принципа построения дальнейших экономических отношений со странами ЕС, однако наличие значительных финансовых ресурсов будет способствовать его регулированию при возникновении кризисных ситуаций.

Выход Великобритании из общеевропейского рынка открывает возможности по резкому увеличению торгового оборота со странами, не входящими в ЕС, однако при выходе из состава Европейского Союза самостоятельное ведение переговоров и заключение сделок с торговыми партнерами вне ЕС будет представлять значительные трудности.

Роль стран Евросоюза в обеспечении Великобритании энергоресурсами достаточно мала и имеет тенденцию к дальнейшему снижению. В случае полного отказа от поставляемых Нидерландами и Бельгией энергоносителей Великобритания имеет возможность нарастить импорт путем перераспределения контрактов и заключения новых договоренностей со странами, не входящими в ЕС. Транспортно-логистическая инфраструктура позволит получить необходимый объем энергоносителей и обеспечить их хранение.

Действующее до выхода Великобритании из ЕС общеевропейское законодательство в области военно-технического сотрудничества позволяло ей принимать меры, которые были необходимы для защиты национальных интересов в сфере производства и торговли ВВТ. Механизмом их обеспечения является национальное законодательство, пересмотр которого маловероятен.

Впервые в истории Европейского Союза ст. 50 Договора была задействована 29 марта 2017 г. В этот день премьер-министр Великобритании

Тереза Мэй уведомила ЕС о намерении страны покинуть организацию (а также Европейское сообщество по атомной энергии, Евратом). Основанием стали итоги национального референдума, состоявшегося 23 июня 2016 г.: 51,9 % его участников высказались против продолжения членства страны в организации.

Первоначально Мэй не планировала выносить вопрос о выходе из ЕС на голосование в парламент. Однако Высокий суд Лондона, а затем и Верховный суд Великобритании постановили, что этот вопрос государственной важности не может быть решен без участия парламента. Поэтому правительство должно получить его одобрение для начала переговоров (при этом голосование по этому вопросу в региональных парламентах Шотландии, Северной Ирландии и Уэльса не было предусмотрено).

26 января 2017 г. правительство опубликовало законопроект, наделяющий премьера полномочиями начать переговоры по выходу из ЕС, а 31 января началось его обсуждение в Палате общин (нижняя палата парламента Великобритании). 8 февраля документ был принят

без поправок и передан в Палату лордов (верхняя палата). В марте верхняя палата одобрила две поправки: об обязательстве правительства после выхода страны из ЕС гарантировать права граждан государств ЕС, проживающих на территории Великобритании, и о вынесении текста итогового соглашения с Евросоюзом на рассмотрение парламента, который получит право отклонить его.

13 марта Палата общин не поддержала поправки, а Палата лордов не стала вносить их вновь. Таким образом, законопроект был принят парламентом в первоначальном виде. Он вступил в силу 16 марта, после подписания королевой Великобритании Елизаветой II.

Последствия выхода Великобритании из Евросоюза могут негативно отразиться на экономике ЕС как на объединении стран в связи с прекращением уплаты взносов в общеевропейский бюджет, частичной утратой преференций при заключении экономических соглашений с третьими странами, затратами на реорганизацию управленческого аппарата, переизбытком трудовых мигрантов.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Ситник А. А.* Регулирование денежного обращения в Великобритании // *Lex Russica*. — 2017. — № 2. — С. 166—183.
2. *Blanke H.-J.* Article 1 TEU // *H.-J. Blanke and S. Mangiameli (eds.). The Treaty on European Union (TEU) — A Commentary*. — Springer, 2013. — Para. 63.
3. *Eeckhout P.* *EU External Relations Law*. — Oxford University Press, 2011.
4. *Joergensen K. E., Wessel R. A.* The Position of the European Union in (Other) International Organizations: Confronting Legal and Political Approaches // *P. Koutrakos (ed). European Foreign Policy. Legal and Political Perspectives*. — Edward Elgar Publishing, 2011. — Pp. 261—286, 269.
5. *Kolers A.* Attachment to Territory: Status or Achievement? // *Canadian Journal of Philosophy*. — 2012. — № 42 (2). — Pp. 101—123.

Материал поступил в редакцию 10 мая 2018 г.

ECONOMIC AND LEGAL FEATURES AND CONSEQUENCES OF THE UK EXIT FROM THE EUROPEAN UNION

MOLCHANOV Nikolay Andreevich, Doctor of Military Sciences, Professor, Professor of the Integration and European Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
nnn999mmm@rambler.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

TRUBACHEVA Kristina Igorevna, PhD in Law, Docent, Associate Professor of the Integration and European Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
krista_@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper considers the issues and legal aspects of building relationships between the European Union and the UK. The current difficult situation between the European Union and Britain cannot be under the radar. On June 19, 2018, Brussels saw the start of negotiations on the secession of the UK from the European Union. This process is called Brexit.*

Before the EU reformed the Lisbon Treaty, the possibility of withdrawing from the organization was not specified. However, there are several cases when the territories left the EU (which changed their political and administrative status within the country of the organization). For example, Greenland, which in 1979 became an autonomous constituent country of the Kingdom of Denmark, left the EEC (European Economic Community, predecessor of the EU) in 1985.

In 2007, an island in the Caribbean, Saint-Barthelemy, left the Union. At first, it was part of the French overseas department of Guadeloupe, but then separated from it and received the status of an overseas community (a special territorial unit of France).

Each time the exit process was discussed individually. At present, Greenland and Saint-Barthelemy are on the list of Special Territories of the Member States of the European Union (more than 20 territories in total).

Keywords: *European Union, United Kingdom, international organizations, international law, full participation, member states, secession, right to secede from the European Union.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Sitnik A. A. Regulirovanie denezhnogo obrashcheniya v Velikobritanii // Lex Russica. — 2017. — № 2. — S. 166—183.

Юридическая техника в мусульманском праве

Аннотация. В статье анализируются особенности юридической техники в мусульманском праве. На основе проведенного исследования автор приходит к выводу, что мусульманское право во многом представляет собой религиозно-юридические комментарии. Это задано его религиозными источниками, в которых содержатся конкретные правовоположения. В этих источниках отсутствует структурированность и системность, отсюда проистекает достаточно высокая степень казуистичности мусульманского права.

В статье определяется, что в мусульманском праве с момента появления имело место смешение религиозных принципов с правовыми нормами. Комментарии богословов-правоведов активно использовались для оправдания неправового — с точки зрения европейских юристов — поведения. С помощью юридической техники в мусульманском праве были легализованы правовые постулаты и мнения, которые по сей день во многом определяют правовую культуру подавляющего большинства населения. Все это означает, что проблема соотношения между светским и конфессиональным правом в странах, где ислам является государственной религией, была в Средние века и по сей день остается основной.

Ключевые слова: юридическая техника, толкование, мусульманское право, правовая семья, каноническое право, шариат, история права.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.204-215

Европейская цивилизация и ее составная часть — североамериканская цивилизация — к началу XXI в. претендуют на определение лица всего человечества. Это означает, что правовая модель Европы и США берется этими странами как образец правопорядка и основа всех сторон жизни общества. Без сомнения, романо-германская и англосаксонская правовые семьи играют сегодня огромную роль. Вместе с тем мир на глазах меняется. Ряд стран, имеющих свои государственно-правовые традиции, настойчиво претендуют на статус новых мировых центров. Население этих держав относится к «неевропейской» правовой культуре, право-

вой менталитет общества, соответственно, отличается. И здесь особое место занимают страны, в которых ислам является государственной религией.

Согласно исследованию Pew Research Center (США), по состоянию на 2010 г. в мире насчитывалось примерно 1,6 млрд мусульман, они уже являются большинством среди населения в 49 странах мира¹.

Отметим, что в массовом юридическом сознании населения Арабского Востока пока не сформировались четкие границы между религией и политикой. Это характерно и для правоприменительной практики. Согласно данным,

¹ URL: <http://www.pewforum.org/2015/04/02/religious-projections-2010-2050/>.

© Вайно А. А., 2019

* Вайно Александр Антонович, студент Московского государственного института международных отношений (университета) МИД Российской Федерации (МГИМО МИД России)
alex.vaino@yandex.ru
119454, Россия, г. Москва, пр. Вернадского, д. 76

приведенным Т. В. Кашаниной, при рассмотрении уголовных и гражданских споров в этих странах используются прецеденты (10 %), нормативные акты (30 %) и теологическая доктрина (60 %). Несложно сделать вывод, что основой для мусульманского права, в отличие от большинства других систем, являются религиозные догматы².

Мусульманские общины в Северной Америке, в Западной и Северной Европе также количественно растут и играют всё большую роль в общественно-политической жизни. Они исповедуют образ мышления и жизни, выражают идеи и несут в себе институты, которые сложились в конкретных исторических и культурных условиях под воздействием права шариата. Прошло то время, когда эти люди готовы были смириться с европоцентризмом во всех его проявлениях и принять его. Представления приверженцев ислама о государстве и праве во многом несут отпечаток той правовой системы, которая веками существовала в государствах Ближнего Востока и других странах, которые принадлежат к мусульманской правовой семье. Все это обусловило мой интерес к данной теме. Разобраться в ней невозможно без знания истории вопроса.

Создание системы мусульманского права неотделимо от возникновения ислама — самой молодой из мировых религий. Мусульманское право, в отличие от романо-германской и англосаксонской правовых систем, не является самостоятельной отраслью науки, а представляет собой лишь одну из сторон ислама.

Выдающийся французский правовед Р. Давид исходил из того, что ислам содержит прежде всего теологию, которая, в свою очередь, устанавливает догмы и уточняет, во что мусульманин должен верить. Исламская теология включает в себя шариат, то есть предписание верующим, что они должны делать и чего не должны. Шариат является «путем следования» и составляет то, что называют мусульманским правом, то право, которое указывает мусульма-

нину, как он должен вести себя в соответствии с догматами веры³.

Именно поэтому ислам в общих чертах, и мусульманское право в частности, является системой обязанностей и содержит ритуалы, государственные и моральные обязательства в самой общей форме под главенством догматов веры. Р. Давид полагает, что если бы религиозные и нравственные стандарты применялись ко всем аспектам человеческого поведения всесторонне и если бы им неукоснительно следовали на практике, то создание системы законов в узком смысле этого слова не было бы столь необходимым: «это и было изначально замыслом Мухаммеда: отголоски этого, как, к примеру, повторяющееся обращение к прощению как к институту в очень широком смысле этого слова, можно найти в Коране и отказ от различных прав постоянно рассматривается в деталях в мусульманском праве. Но, в силу ряда причин, Пророк все же был вынужден применять религиозные и этические принципы к государственным институтам по мере их возникновения»⁴.

Естественно, для каждой национально-правовой системы характерна собственная юридическая техника — правила ведения юридической работы и составления юридических документов. Применительно к континентальной и англосаксонской правовым семьям такие правила проработаны детально и обстоятельно как в доктрине, так и на уровне правовых предписаний. Заметим, что европейская модель юридической техники в данном случае в полной мере неприменима к шариату.

Для того чтобы понять суть шариата как правовой системы, необходимо прежде всего остановиться на вопросах появления государственности и права у арабских племен, центром расселения которых был Аравийский полуостров. Особенностью этого процесса явилась тесная связь с мировой монотеистической религией — исламом.

В 20—30-е гг. VII в. н.э. организационно оформилась мусульманская религиозная община во

² Кашанина Т. В. Юридическая техника. М. : Норма: Инфра-М, 2011. С. 104.

³ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М. : Международные отношения, 1996. С. 308.

⁴ Schacht J. An Introduction to Islamic Law. Oxford University Press, 1982. P. 11.

главе с Мухаммедом, объявленным Пророком. Он провозгласил необходимость нового порядка: все арабы объявлялись единой народностью во главе с Пророком — «посланником Бога на земле». Принадлежность к данной общности предполагала обязательное признание новой религии и *строгое соблюдение* ее предписаний.

На основе этой религиозной общины создавались военные отряды, которые начали борьбу за объединение страны под знаменем ислама. Постепенно военно-религиозная организация преобразовалась в политическую. Все это означало, что ислам принес арабам объединение и помог им окончательно обрести государственность. К середине VII в. консолидация государства на территории Аравии завершилась. Возникшее образование получило название *Арабский халифат*, который к VIII в. в результате многочисленных завоеваний стал обширной империей⁵.

Сразу после смерти Мухаммеда встал вопрос о его преемниках на посту верховного главы мусульман. Ближайшие родственники и сподвижники Пророка окончательно консолидировались в привилегированную группу. Из ее среды выбирались новые единоличные вожди мусульман — халифы — «заместители Пророка». Довольно быстро власть халифа стала наследственной, и государство окончательно приобрело форму централизованной теократической монархии.

Процесс формирования нового государства шел одновременно с утверждением нового права — шариата (в пер. с араб. *عيرشلا* или *ш'ариа* — «надлежащий путь»). Его нормы действовали на всем пространстве халифата, где ислам стал государственной религией. Слияние теологии (богословия) и права стало основой мусульманского миропорядка и общественного устройства. Это обстоятельство в конце концов приведет к тому, что право, как его понимает современная политико-правовая наука, потеряет свое реальное значение: все нормы, возникшие

в процессе становления мусульманского права, были объявлены в источниках шариата (Коран, Сунна) не подлежащими отмене или замене.

Все вышеизложенное отразилось в принципах государственного строя и права стран Арабского Востока, которые были сформулированы в трудах знаменитых правоведов того времени.

Кораническая модель правления является авторитарной. Ее общественный идеал выражается в *теократии*. Все правоведы исламского мира всегда считали необходимым соединить в руках правителей как религиозную, так и светскую власть, и государственное право и управление должны были целиком основываться на религии.

К примеру, Абу-Юсуф, видный факих⁶, в своем произведении «Книга хараджей» обращался к халифу Харуну ар-Рашиду с настоянием, чтобы на государственные должности назначались люди не просто законопослушные, но и *благочестивые и религиозные*. В своей деятельности эти лица должны были руководствоваться следующими принципами: не чинить несправедливости, не брать больше установленного, учитывать правила, которые были им предписаны. Абу-Юсуф советовал халифу: «...ты осведомись об их делах, об их обращении с теми, кто проходил мимо них, не нарушили ли они того, что им было приказано. Если они совершили это, ты устранишь их, накажешь и взыщешь с них сумму, определяемую по твоему усмотрению, в пользу тех, с которыми они поступили несправедливо или у которых взяли больше положенного. И напротив, если они будут сообразовываться с тем, что им было приказано, и устранять несправедливость по отношению к муслимам и союзникам, ты оставишь их на местах и окажешь им благодеяния...»⁷

Нетрудно заметить: утвердившаяся в халифате правовая система изначально формировалась как важнейшая часть религии, так как она обеспечивала исполнение ее предписаний. Источниками шариата выступили Коран и Сунна.

⁵ См.: История стран Азии и Африки в Средние века. М. : Изд-во Моск. ун-та, 1987. Ч. 1. С. 135—153.

⁶ Факих — правовед в исламе.

⁷ История Средних веков : хрестоматия / сост. В. Е. Степанова, А. Я. Шевеленко. М. : Просвещение, 1980. Ч. 1. С. 150.

Коран — это священная книга мусульман. Она является записью откровения, ниспосланного Аллахом Пророку Мухаммеду в 610—632 гг. Коран является главным источником мусульманского права, хотя, согласно подсчетам Л. Р. Сюкияйнена, из более чем 6 200 аятов⁸ лишь около 500 содержат принципы и правила поведения людей⁹. Для подтверждения этого процитируем первоисточник¹⁰:

2.2 «Это Писание — нет сомнения в том — руководство для богобоязненных»;

2.5 «Они [пребывают] на истинном пути, [указанном] Господом их, и они спасены».

Двумя основными разновидностями коранических правил поведения, согласно исламской юриспруденции, являются детализированные нормы и нормы, имеющие вид общих принципов и целей. Последние являются основой формулирования конкретных правовых решений.

Другой источник шариата — Сунна — в переводе с арабского означает «традиция», «принятый образ действия», «одобряемое поведение». Здесь зафиксированы изречения и поступки Пророка, в которых воплощено божественное откровение. Они оформлены в виде хадисов¹¹, часто имеющих правовой смысл. Хранителями и передатчиками хадисов считались родственники и сподвижники Пророка, его современники. Затем шли их ученики. Хадисы стали тем образцом, которому был обязан следовать каждый мусульманин.

В Сунне содержится большинство норм, которые являются основой исламской юриспруденции. Таковы, например, следующие хадисы, содержащиеся в «Достоверном сборнике» имама Аль-Бухари, в книге третьей «Знание»¹²:

67. «(...) Воистину, ваша кровь [т.е. жизнь], ваше имущество и ваша честь — запретны [т.е. не могут быть объектом посягательства] между вами».

73. «Зависти достойны только двое: человек, которого Аллах наделил богатством и способностью употребить его ради права. И человек, которого Аллах одарил мудростью и который судит, опираясь на нее и учит ей [других]».

Также отличительной чертой фикха¹³ является наличие различных сводов хадисов, которые принадлежат видным исламским деятелям. Но не все сборники являются каноническими или достоверными. Поэтому мухаддисы¹⁴ осуществляют проверку *иснада* — совокупности ссылок в хадисе на рассказчиков. Цель этого — выявить наличие как еретиков, так и распространителей недостоверных притч.

Уже упомянутый «Достоверный сборник» имама Аль-Бухари, который состоит из 97 книг и содержит 7 397 преданий, занимает ведущее место среди сборников хадисов.

На начальном этапе развития исламского государства Пророк и назначенные им правители отдельных областей рассматривали судебные дела лично. Судебная власть стала важнейшей прерогативой правителей любого ранга. В процессе развития государства данная система претерпела определенные изменения. Судебные функции в халифате были отделены от административных. Местные власти лишились права влиять на решения судей. Халиф считался верховным судьей. В целом же отправление правосудия стало привилегией духовенства, точнее право вершить суд было делегировано знатокам шариата.

Высшую судебную власть на практике стала осуществлять коллегия наиболее авторитетных богословов, которые одновременно являлись и правоведами. От имени халифа они стали назначать из представителей духовенства нижестоящих судей, которые позже составили влиятельную группу профессиональных судей — *кади*. Также назначались специальные уполно-

⁸ Аят — стих в Коране.

⁹ Антология мировой правовой мысли : в 5 т. М. : Мысль, 1999. Т. 1. С. 635.

¹⁰ Коран. Прочтение смыслов. М. : АСТ, 2016.

¹¹ Хадис — предание.

¹² Антология мировой правовой мысли. С. 658.

¹³ Фикх — мусульманская правовая наука.

¹⁴ Мухаддис — специалист по хадисам.

моченные, задачей которых был контроль деятельности кади на местах.

Кади обладали обширнейшими полномочиями:

- рассмотрение судебных дел всех категорий на местах;
- осуществление надзора за местами заключения;
- наблюдение за исполнением решений суда;
- удостоверение завещаний;
- распределение наследства;
- установление опеки;
- проверка законности землепользования;
- заведование вакуфным¹⁵ имуществом.

Кади выносили решения на основе норм Корана и Сунны и решали дела исходя из самостоятельного их толкования.

К основным чертам судопроизводства можно отнести следующие:

- непрерывность судебного процесса;
- единоличное решение судебных споров;
- процедура рассмотрения как гражданских, так и уголовных дел *принципиально не различаются*;
- определенный жесткий порядок судопроизводства отсутствует.

Судебные решения и приговоры кади по общему правилу были окончательными и не подлежали обжалованию. Таким образом, понятия кассации и апелляции в современном понимании этих процессов отсутствовали, хотя в исключительных случаях сам халиф или его уполномоченные могли изменить решения нижестоящих судей.

Каковы были представления о юридической технике в мусульманском праве, чем они отличаются от представлений в праве европейских стран?

В европейской правовой культуре юрист — это лицо, которое обладает профессиональными знаниями в области права и умеет применять эти знания в практической деятельности. Последняя немыслима без использования юридической техники. Под ней понимаются правила ведения юридической работы и правила составления юридических документов.

В мусульманской правовой культуре навыками такого рода владеет не профессиональный юрист, а богослов-правовед. Это означает, что юридическая техника в шариате имеет свои отличительные особенности.

Чтобы доказать это, сравним инструментарий юридической техники мусульманской модели права и континентальной.

Существуют определенные группы правил, применяемые в юридической технике.

Во-первых, это содержательные правила, т.е. правила, которые позволяют соотнести выполнение юридических действий с реальной обстановкой, в которой работает юрист.

В континентальной модели важную роль играет именно юрист, который применяет эти правила, и главным фактором здесь является социальная адекватность юридической деятельности. Профессия юриста социально направлена, поскольку она обращена к людям, выполняется посредством (с привлечением) людей.

Уже неоднократно подчеркивалось, что в шариате профессия юриста отсутствует как таковая, его функцию выполняет богослов. Тем не менее к деятельности факиха вполне применимы содержательные правила европейской модели, то есть концептуальные различия отсутствуют.

От содержательных правил перейдем к логическим правилам, применяемым в интересующих нас правовых системах.

Соблюдение логических правил в процессе юридической деятельности — это оптимальный путь достижения поставленной цели. Понятно, что это в полной мере относится как к континентальному праву, так и к шариату.

Логика необходима как при составлении плана работы, так и в процессе выполнения элементов юридической деятельности. Это необходимо главным образом для адекватности и эффективности вышеуказанной деятельности.

Своеобразие мусульманской модели, однако, заключается в следующем: логические выводы и личное мнение в шариате применяются для решения спорных вопросов при условии, что мнения авторитетных богословов согласо-

¹⁵ Вакуфное имущество — имущество, переданное собственниками религиозным организациям.

ваны и существует аналогия в первоисточниках мусульманского права — Коране и хадисах.

Такие же серьезные отличия наблюдаются и в отношении структурных правил.

Это выражается в том, что структурные правила, т.е. определенная систематизация юридических норм, разделение на части, этапы, стадии, для юридической техники шариата совсем не характерны.

Если в континентальном праве применение структурных правил находит свое внешнее выражение в структурности композиции юридического документа, то в мусульманской модели структурированные акты практически не встречаются. Это имеет свое логическое объяснение: в самом Коране разделение на главы носит во многом формальный, казуальный характер. И это понятно, так как первоисточник мусульманского права был создан в раннем Средневековье, для которого характерен низкий уровень юридической техники.

Также весьма серьезные отличия юридической техники мусульманской модели права от европейской обнаруживаются при обращении к языковым правилам. В силу религиозной составляющей шариата юридический язык был тождественным языку, применяемому в богословии. В обеих системах соответствующий язык применялся и применяется при создании юридических документов, в правотворчестве, составлении договоров, написании судебных приговоров и решений.

Но не переменным условием эффективности языка в континентальной модели является точность, ясность, доступность для понимания, в то время как язык правовых норм шариата использовал и использует такие механизмы выражения, как религиозные догматы и правила. Это всегда являлось главной особенностью мусульманского права, ведь, как уже было указано в данном исследовании, становление права на территории Аравийского полуострова было неразрывно связано со становлением ислама как господствующей религии арабов, а позже и иных народов.

Интересным является также вопрос о реквизитных требованиях в юридической технике разных моделей.

В европейском праве обязательными являются следующие реквизитные требования:

- название вида правового акта;
- название органа, его издавшего;
- дата принятия;
- дата вступления в силу;
- дата подписания и множество других реквизитов.

Такое большое количество различной информации связано в первую очередь со структурными правилами: данные реквизиты позволяют правильно структурировать и консолидировать различные юридические документы.

В мусульманской модели права, в свою очередь, предъявляются следующие требования:

- ссылка на первоисточник;
- полное имя лица, принявшего акт;
- ссылка на толкование;
- ссылка на хадис.

Это связано, как несложно заметить, с богословским пониманием права в общем и юридических документов в частности. Поэтому, чем больше религиозных отсылок находится в тексте правового акта, тем легитимнее, легальнее и сакральнее он будет.

Наконец, осталось обратиться к процедурным правилам, которые применяются в юридической технике разных правовых систем.

Под процедурными правилами понимается особый порядок подготовки и принятия юридических документов. Здесь мы тоже можем найти немало различий. Но вначале обратим внимание, что определенная процедура подготовки и принятия юридических документов существует в обоих случаях.

Однако в континентальной модели при выполнении процедурных правил важнейшим принципом является законность.

Действия, связанные с принятием нормативного документа, являются последовательными. Они либо прописываются в соответствующем нормативном акте, либо эту последовательность можно вывести из содержания правовых актов.

Целью данной процедуры в континентальной модели является предотвращение злоупотребления при производстве юридически значимых действий, в особенности со стороны

государственных органов и должностных лиц. Понятно, что целью также является легитимация данных юридических документов.

В мусульманском же праве данные правила применяются иначе. Основным принципом является соответствие главным первоисточникам ислама — Корану и Сунне.

Также для подготовки и принятия юридически значимых документов необходимо иметь звание богослова-правоведа. При этом авторитет данного лица в своей правовой школе играет очень важную роль. Все это необходимо для легально-

сти юридического документа, для его применения. Без этих атрибутов документ не будет иметь значения для правоприменительных органов.

Таким образом, все это означает, что цель процедуры — достижение соответствия религиозным догматам юридически значимых действий и их признание со стороны всей уммы, их признание должностными государственными лицами.

На этом различия в инструментарии юридической техники континентальной и мусульманской модели права заканчиваются (см. табл. 1).

Таблица 1

Инструментарий, составляющий содержание юридической техники

Группы правил, применяемых в юридической технике	Модель права	
	Континентальная (европейская)	Шариат
Содержательные правила	Правила, которые позволяют соотносить выполнение юридических действий с реальной обстановкой, в которой работает юрист. Обусловлено социальной природой профессии юриста, которая обращена к людям и выполняется посредством (с привлечением) людей. Социальная адекватность любой юридической деятельности	Профессия юриста отсутствует как таковая, его функцию выполняет богослов-правовед. Но к его деятельности в полной мере применимы содержательные правила континентальной (европейской) модели права
Правила логики	Соблюдение логических правил как оптимальный путь достижения намеченной цели в процессе выполнения юристом профессиональной работы. Необходимость следовать правилам логики: а) в построении общего плана работы; б) в выполнении отдельных ее этапов	В полной мере данные правила относятся и к шариату. Логические выводы и личное мнение применяются для решения спорных вопросов при следующих условиях: а) существование аналогии в источниках (в Коране и хадисах); б) согласованность мнений авторитетных правоведов
Структурные правила	Систематизация юридической деятельности. Структура: части, этапы, стадии, Внешнее выражение: Структурность юридического документа	В шариате не проявляется в полной мере. Отсутствуют. Структурность практически отсутствует
Языковые правила	Особый юридический язык. Особенно проявляется в правотворчестве, в процессе реализации норм права (напр., при составлении	Юридический язык в шариате носит характер языка, применяемого в богословии. Отличительные черты юридическо-

Языковые правила	договора, написании судебных решений и приговоров). Непременные условия эффективности: а) точность и ясность; б) доступность для понимания	го языка в мусульманском праве: выражение через механизмы религиозных догм и правил
Формальные (реквизитные) требования	Реквизитные требования являются обязательными: — название вида правового акта; — название органа, его издавшего; — наименование (полное и сокращенное); — дата принятия; — дата вступления в силу; — номер правового акта; — место (название города); — дата подписания; — полное наименование должности лица (лиц), подписавшего документ; — фамилия и инициалы должностного лица (лиц), подписавшего документ; — его (их) личная подпись (ставится только на подлиннике правового документа)	Понятие реквизитов включает в себя: — ссылка на первоисточник (если имеется); — фамилия и имя лица, выпустившего акт; — данные о лице, выпустившем акт; — дата принятия; — дата вступления в силу; — ссылка на толкование Пророком (если возможно)
Процедурные правила	Определенная процедура подготовки и принятия юридических документов. Законность как важнейший принцип: Последовательность действий, связанных с принятием юридического документа: а) прописывается в нормативном акте; б) либо ее можно вывести из содержания правовых актов. Цель процедуры: предотвратить злоупотребления при производстве юридически значимых действий, прежде всего со стороны государственных органов и должностных лиц	Определенная процедура подготовки и принятия юридических документов. Соответствие Корану и Сунне как важнейший принцип. Для подготовки и принятия юридических документов необходимо: а) звание богослова-правоведа; б) признание богослова-правоведа авторитетом в своей правовой школе. Цель процедуры: соответствие юридически значимых действий религиозным догматам

Уже на этом этапе можно заметить, насколько разными являются инструментарии этих правовых систем. Но на этом данное исследование не заканчивается.

Теперь попытаемся уяснить, в чем различия в понимании этапа толкования правовых норм в юридической технике в странах европейской правовой системы и в системе стран мусульманского права (см. табл. 2, для примера берется континентальная модель права).

Под толкованием в доктрине понимается деятельность по установлению содержания правовых норм для их реализации. Заметим сразу: это характерно для обеих правовых систем.

Начну анализ с толкования-уяснения.

Целью такого толкования является:

- установление подлинности и достоверности толкуемого нормативного акта;
- воссоздание структуры нормы права и ее анализ;

— вынесение суждения о норме права и последующей ее оценки.

Толкование-уяснение в континентальной модели необходимо для использования своих прав, исполнения своих обязанностей и соблюдения запретов.

Это в полной мере относится и к толкованию-уяснению в мусульманской модели: толкование-уяснение необходимо для разбора и анализа нормативного акта, для последующего выведения прав, обязанностей и запретов. Единственное отличие, которое можно выявить, заключается в следующем: толкование-уяснение в шариате либо предшествует толкованию-разъяснению, либо отсутствует (в континентальной модели толкование-уяснение всегда предшествует толкованию-разъяснению).

Теперь обратимся к толкованию-разъяснению. Здесь различия носят весьма существенный характер, и это легко объяснить: в одной

правовой системе используется юридический язык, а в другой — язык богословия.

Толкование-разъяснение в континентальной модели необходимо, чтобы изложить смысл нормативного акта, внести в него дополнительную ясность, озвучить смысл нормы как для других заинтересованных лиц, так и для общего сведения. В континентальной модели толкование-разъяснение всегда осуществлялось после деятельности по толкованию-уяснению, но не всегда за ним следовало.

В мусульманской же правовой модели толкование-разъяснение необходимо, чтобы изложить смысл нормативного акта для его применения и реализации субъектами права и соответствующими должностными лицами. Такое серьезное отличие объясняется тем, что толкование-разъяснение в мусульманской модели права не зависит от уяснения (оно может просто отсутствовать).

Таблица 2

Различия в понимании этапа толкования правовых норм в юридической технике в странах европейской правовой системы и в системе стран мусульманского права

Структура толкования	Модель права	
	Континентальная (европейская)	Шариат
Толкование-уяснение	Цель толкования-уяснения: — установление подлинности и достоверности толкуемого нормативного акта; — воссоздание структуры нормы права; — анализ содержания нормы права; — вынесение суждения о норме права; — оценка нормы права. Необходимость толкования-уяснения: — для использования своих прав; — для исполнения своих обязанностей; — для соблюдения запретов. Толкование-уяснение всегда предшествует разъяснению	Совпадает с континентальной моделью. Необходимость толкования-уяснения: — для разбора и анализа нормативного акта; — для возможного выведения прав, обязанностей, запретов. Толкование-уяснение либо предшествует разъяснению, либо отсутствует
Толкование-разъяснение	Цель толкования-разъяснения — изложение смысла нормативного акта. Толкование-разъяснение возможно в результате деятельности по уяснению. Цели: — внесение дополнительной ясности; — озвучивание смысла нормы как для других заинтересованных лиц, так и для всеобщего сведения. Не всегда следует за уяснением	Цель толкования-разъяснения — изложение смысла определенного акта для его использования. Цели: — разъяснение акта для его реализации субъектами права и применения соответствующими должностными лицами. Не зависит от уяснения (которое может отсутствовать)

Таким образом, различия в использовании толкования правовых норм в юридической технике являются весьма существенными. Повторим, что в европейском праве этим занимается профессиональный юрист, в мусульманском праве — богослов-правовед.

Интересным является вопрос о соотношении между светским и конфессиональным в средневековом праве. Чтобы уяснить эту проблему, сравним каноническое европейское право с мусульманским правом.

В Европе каноническое право как структура права отдельных слоев общества было создано в основном в XI—XII вв., достигло апогея в XIII в., а затем пошло на убыль (определенную роль оно играло в жизни общества до конца прошлого века). В Европе каноническое право как структура права отдельных слоев общества было создано в основном в XI—XII вв., достигло апогея в XIII в., а затем пошло на убыль (определенную роль оно играло в жизни общества до конца прошлого века).

Анализ начнем со структуры канонического и мусульманского права.

Заметим, что каноническое право включает в себя такие отрасли, как брачно-семейное право, наследственное право, гражданское право (под которым в данном случае понимается право собственности и договорное право), административное право (тут имеется в виду порядок занятия церковных должностей), финансовое право (принципы и размеры госу-

дарственного налогообложения) и некоторые другие отрасли.

Мусульманское право, в свою очередь, включает в себя, помимо вышеперечисленных отраслей права, все другие отрасли по аналогии с системами права светских европейских государств. Примером такой отрасли можно назвать торговое право. Следует заметить, что применительно к мусульманскому праву невозможно вести речь о четком выделении отраслей права. И сегодня в светской системе права в мусульманских странах отсутствует понятие частного и публичного права.

Серьезные различия существуют и в субъектном разделении, то есть в вопросе о том, на какие группы лиц распространялось каноническое и мусульманское право (см. табл. 3).

Каноническое право распространялось на священнослужителей по всем вопросам, на мирян по определенным видам преступлений, включающим в себя сильный нравственный и идеологический элемент и не связанным с насилием или против собственности духовных лиц, а также на слабозащищенные слои населения (под ними понимались сироты, вдовы, крестоносцы, пилигримы и некоторые другие группы лиц).

Мусульманское право как в Средневековье, так и в современности, если мы говорим о теократических монархиях Арабского Востока, распространяется на все население без исключения, вне зависимости от конфессиональной принадлежности.

Таблица 3

Критерий	Право	
	Каноническое	Мусульманское
Структура	Каноническое право включает отрасли: — брачно-семейного права; — наследственного права; — гражданского права (право собственности, договорное право); — уголовного права; — административного права (порядок занятия церковных должностей); — финансового права (принципы церковного налогообложения и размеры налогов)	Мусульманское право включает в себя, помимо канонического права как системы правовых норм, все отрасли права по аналогии с системами права светских европейских государств (например, торговое право и др.)

Разделение по субъектам	— распространяется на клириков по всем вопросам; — распространяется на всех мирян по определенным видам преступлений (включающим сильный нравственный и идеологический элемент и не связанным с насилием или против собственности духовных лиц); — распространяется на слабо защищенные светской властью слои населения (студенты, крестоносцы, вдовы, сироты, путешественники и пр.)	Распространяется на все население без исключения
Выводы	Каноническое и светское право разделены	Каноническое и светское право тождественны

Таким образом, к XIII в. различия в юридической технике в обеих моделях права окончательно сформировались и стали определять лицо соответствующих правовых систем на долгие века.

Подводя итоги, назовем некоторые существенные особенности мусульманского права в общем смысле и юридической технике в частности по сравнению с развитым европейским правом.

Развитая юридическая техника присутствует в обеих правовых системах. Главное объяснение имеющихся различий — отсутствие в мусульманском праве профессии юриста в европейском смысле этого слова.

Когда речь об инструментарии, составляющем содержание юридической техники, серьезные различия существуют в применении правил логики, в структурных правилах и процедурных правилах, в формальных (реквизитных) требованиях. Принципиальный характер они носят в отношении языковых правил. Отличительной чертой европейской правовой культуры является существование особого юридического языка. В шариате он эквивалентен языку, применяемому в богословии.

Понимание толкования правовых норм в юридической технике характеризуется следующим: толкование-уяснение во многом совпадает с континентальной моделью и существенно различается, когда речь идет о толковании-разъяснении.

Мусульманское право во многом представляет собой религиозно-юридические коммента-

рии. Это задано его религиозными источниками, в которых содержатся конкретные правовоположения. В этих источниках отсутствует структурированность и системность, отсюда проистекает достаточно высокая степень казуистичности мусульманского права. Абстрактность не являлась и часто сегодня не является отличительной чертой шариата.

Мы увидели, что в мусульманском праве с момента появления имело место смешение религиозных принципов с правовыми нормами. Комментарии богословов-правоведов активно использовались для оправдания неправового — с точки зрения европейских юристов — поведения. С помощью юридической техники в мусульманском праве были легализованы правовые постулаты и мнения, которые по сей день во многом определяют правовую культуру подавляющего большинства населения: обычным людям приходится разрываться между религиозным долгом, который требует от них следования шариату, и практическими трудностями на пути исполнения этого долга. Они скорее примут любое толкование шариата, которое вроде бы снимает проблемы, чем возьмут на себя ответственность дать другую интерпретацию и формулировку.

Все это означает, что проблема соотношения между светским и конфессиональным правом в странах, где ислам является государственной религией, была в Средние века и остается и по сей день основной.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Антология мировой правовой мысли в пяти томах. — М. : Мысль, 1999. — Т. 1.
2. Давид Р. Основные правовые системы современности. — М. : Международные отношения, 1996.
3. История стран Азии и Африки в Средние века. — М. : Издательство Московского университета, 1987. — Ч. 1.
4. История Средних веков : хрестоматия / сост. В. Е. Степанова, А. Я. Шевеленко. — М. : Просвещение, 1980. — Ч. 1.
5. Кашанина Т. В. Юридическая техника. — М. : Норма: Инфра-М, 2011.
6. Schacht J. An Introduction to Islamic Law. — Oxford University Press, 1982.

Материал поступил в редакцию 27 апреля 2018 г.

LEGAL DRAFTING IN ISLAMIC LAW

VAINO Aleksandr Antonovich, Student of the Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation (MGIMO of the Ministry of Foreign Affairs of Russia)
alex.vaino@yandex.ru
119454, Russia, Moscow, prospect Vernadskogo, d. 76

Abstract. *The paper analyzes the features of legal drafting in Islamic law. Based on the study, the author concludes that Muslim law appears to be in many ways religious and legal comments. This is set by its religious sources that contain specific legal provisions. These sources lack structuring and systematic character, which is a source of rather a high degree of casuistry of Islamic law.*

The paper proves that Islamic law has shown a confusion of religious principles with legal norms since the moment of its appearance. The comments of legal scholars were actively used to justify illegal — from the point of view of European lawyers — behavior. With the help of legal drafting in Islamic law, legal postulates and opinions were legalized, which to this day largely determine the legal culture of the overwhelming majority of the population. This means that the problem of the relationship between secular and confessional law in countries where Islam is the state religion appeared in the Middle Ages and remains the main one to this day.

Keywords: *legal drafting, interpretation, Muslim law, legal family, canon law, sharia law history.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Antologiya mirovoy pravovoy mysli v pyati tomakh. — M. : Mysl', 1999. — T. 1.
2. David R. Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti. — M. : Mezhdunarodnye otnosheniya, 1996.
3. Istoriya stran Azii i Afriki v Srednie veka. — M. : Izdatel'stvo Moskovskogo universiteta, 1987. — Ch. 1.
4. Istoriya Srednikh vekov : khrestomatiya / sost. V. E. Stepanova, A. Ya. Shevelenko. — M. : Prosveshchenie, 1980. — Ch. 1.
5. Kashanina T. V. Yuridicheskaya tekhnika. — M. : Norma: Infra-M, 2011.

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала: aprp-msal.ru

1. В журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются авторы — ведущие специалисты, ученые и практики. При прочих равных условиях преимущественное право на опубликование имеют:
 - профессорско-преподавательский состав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) — перед сотрудниками иных вузов и научных учреждений;
 - лица, имеющие ученые степени, — перед аспирантами и соискателями.
3. Один автор может опубликовать в течение года не более трех своих статей. Все исключения необходимо заранее согласовывать с редакцией.
4. Направление автором статьи для опубликования в Журнале считается акцептом, т.е. согласием автора на заключение Лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Актуальные проблемы российского права». Содержание договора опубликовано на сайте журнала, в разделе «Авторам».
5. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
6. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 15 до 25 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 10–15 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;
 - в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
7. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
8. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например, с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный.

Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Ссылки на иностранные источники следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке.

Ссылки на электронные ресурсы следует оформлять в соответствии с библиографическим ГОСТом 7.82–2001. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, полный адрес местонахождения ресурса и в круглых скобках дату последнего посещения веб-страницы.
9. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.1-2003. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства
в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия

ПИ № ФС77-25128 от 7 мая 2014 г.

ISSN 1994-1471

Свободная цена.

Подписка на журнал возможна с любого месяца. Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11178.

Вниманию авторов!

*Отдельные материалы журнала размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ»,
электронной библиотеке «КиберЛенинка».*

*При использовании опубликованных материалов журнала ссылка
на «Актуальные проблемы российского права» обязательна.*

*Полная или частичная перепечатка материалов допускается только
по письменному разрешению авторов статей или редакции.*

Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Редактор: *М. В. Баукина*

Корректор: *А. Б. Рыбакова*

Компьютерная верстка: *Д. А. Беляков*

Учредитель — Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Адрес издателя: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Адрес редакции: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Тел.: (499) 244-88-88 (доб. 556). E-mail: actprob@msal.ru

Сайт: <http://aprp-msal.ru>

Дата выхода в свет: 19.03.2019. Объем: 25,34 усл.печ.л., формат 60х84/8.

Тираж 150 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная.

Отпечатано в Издательском центре Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).